



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSGRADO

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS MAGÍSTER EN
DERECHO, MENCIÓN DERECHO PÚBLICO

**“ESTUDIO CRÍTICO DE LA POTESTAD DICTAMINADORA DE LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA”**

DIRECTOR : CLAUDIO MORAGA KLENNER.

ALUMNO : DIEGO BORRÁS INFANTE.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	3
I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA POTESTAD DICTAMINADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	6
1.1 Orígenes y su evolución legal.....	6
1.2 Constitución Política de 1980.....	9
1.2.1 Artículo 98 de la Constitución Política de la República.....	9
1.2.2 Artículo 19 N° 14 de la Constitución Política.....	10
II. DEFICIENCIAS DE LA FACULTAD DICTAMINADORA.....	16
2.1 La autorregulación del ejercicio dictaminador.....	17
2.1.1 Exclusividad para dictaminar.....	17
2.1.2 Alcances de la Potestad Dictaminadora.....	21
2.1.3 La interpretación finalista del órgano contralor.....	24
2.2 Defectos en cuanto al procedimiento.....	27
2.2.1 La invalidación de actos administrativos.....	28
2.2.2 La jerarquía de los dictámenes de la Contraloría.....	31
2.2.3 Inimpugnabilidad administrativa de la facultad dictaminadora.....	38
2.3 Falta de legitimidad en el ejercicio dictaminador.....	40
III. LA JUDIALIZACIÓN DE LA POTESTAD DICTAMINADORA.....	42
3.1 Impugnación de dictámenes por vía de recurso de protección.....	44
3.2 La Nulidad de Derecho Público y la Función Dictaminadora.....	47
3.3 Contienda de competencia entre el Poder Judicial y la Contraloría General de la República. Análisis de caso: Funcionarios Dirección General de Aeronáutica Civil v/s Fisco de Chile.....,	52
CONCLUSIÓN.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	64
A) DOCTRINA.....	64
B) SENTENCIAS.....	68

INTRODUCCIÓN.

A 90 años de la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis que dio vida a la Contraloría General de la República, diversos han sido los estudios que han analizado la evolución trepidante de sus facultades.

La Constitución Política de la República en su artículo 98 – en adelante CPR- mandata la facultad fiscalizadora, jurisdiccional y contable de los servicios públicos a la Contraloría General de la República. Además de ello, el mismo artículo encomienda a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República –en adelante LOCCGR- otras funciones a desempeñar.

Lo anterior cobra relevancia al estudiar la potestad dictaminadora del ente contralor, surgiendo el cuestionamiento acerca del por qué el constituyente originario no estableció expresamente en un precepto constitucional su función dictaminante.¹

Hoy, la jurisprudencia administrativa es una de las fuentes más importante del derecho administrativo. Su crecimiento vertiginoso ha tenido alto impacto para los servicios públicos sometidos a su control y para los administrados que buscan que se tutelen sus derechos.²

Como veremos, la facultad dictaminadora viene a suplir la inexistencia en nuestra institucionalidad de los pretendidos Tribunales Contenciosos Administrativos. En efecto, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República hace cada vez más confundible el rol jurisdiccional que por mandato constitucional compete al Poder Judicial.³

Por tanto, la facultad jurisdiccional de resolver conflictos contenciosos administrativos debe recaer sobre el Poder Judicial, abstenerse de ello conlleva a un error institucional, el cual tiene efectos de gran envergadura. Primero, los antecedentes históricos que revisten las normas de la Contraloría General de la República fundan el argumento que siempre fue pensado unos

¹ Así la Comisión Ortúzar desde un comienzo quería prescindir de la facultad dictaminadora de la Contraloría, puesto que esto se sujetaba a la facultad jurisdiccional de los Tribunales Contenciosos Administrativos.

² Toda persona que sea lesionada en sus derechos debe reclamar por el daño sufrido, esta es la línea argumental del profesor Pantoja, sobre todo cuando el daño recae en Responsabilidad Extracontractual. PANTOJA BAUZÁ, R. La jurisdicción Contencioso – Administrativa – Decisiones legislativas al año 2001. En: LA JURISDICCIÓN Contencioso – Administrativa: Decisiones legislativas al año 2001. Santiago. LOM. Universidad de Chile.

³ Esto ATRIA lo presenta como un problema, puesto que en el derecho los diseños institucionales muchas veces confunden su competencia en la cual se va perdiendo la legitimidad material y su legitimidad democrática. Ver ATRIA, F. La Forma del Derecho. Santiago. Septiembre de 2010.

Tribunales Administrativos que solucionen tanto los conflictos contenciosos como no contenciosos.⁴

Segundo, en una interpretación restrictiva de la Constitución, ésta sólo mandata a la Contraloría General de la República a realizar un control de legalidad sobre los actos administrativos expedido por los Servicios Públicos. Ello se ve reflejado en la toma de razón que realiza sobre decretos afectos. Sin embargo ¿Qué ocurre cuando un decreto ha nacido viciado a la vida del derecho? ¿La Contraloría podría invalidarlo a través de un Dictamen? El Constituyente le otorga esta facultad al Tribunal Constitucional, a través del artículo 93 N°16 y sólo a requerimiento del Congreso. Sin perjuicio de ello, vemos que la facultad dictaminadora ha ordenado a invalidar decretos en interpretación del artículo 53 de la ley N° 19.880 que prevé que se podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, siempre que se haga dentro de los dos años contados desde su notificación o publicación⁵

Lo tercero, al conferir la LOCCGR la facultad dictaminadora al ente contralor, causa una desprotección en la tutela de derechos tanto de distintos servicios públicos como de los ciudadanos. El ejercicio de la jurisdicción supone el cumplimiento de una serie de principios y reglas propias de su naturaleza ¿Qué ocurre cuando un dictamen agravia a una parte? En el modelo institucional actual, no permite efectuar recursos en contra de las decisiones del Ente Contralor. Lo anterior se “judicializa” a través de las acciones de protección y nulidad de derecho público, para que un Tribunal Superior conozca respecto de un dictamen. Ello causa impacto en la relación del ente fiscalizador con el Poder Judicial⁶.

⁴ La Constitución Política del Estado de 1925 en su artículo 87 aludía a los llamados Tribunales Administrativos, los cuales dejaban a la jurisdicción del Poder Judicial la resolución de conflictos administrativos. Para la Comisión Ortúzar siempre fue un problema el “vacío legal” que tiene la jurisdicción administrativa, en cuanto se hace imposible su consagración Constitucional. Sin embargo, siempre pensó que era una solución que el legislador debía dar en un breve tiempo, e incluso advirtiendo que jamás se podría confundir este rol con el de la Contraloría General de la República. Ver en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 319, celebrada el martes 4 de octubre de 1977. Página 222.

⁵ Dictamen N° 18.353 del año 2009, Dictamen N° 80.858 del año 2014, Dictamen N° 014862N17 del año 2017.

⁶ El método más utilizado es a través de los Recursos de Protección, sin embargo, esto es aplicable sólo a los ciudadanos los cuales son vulnerados en sus derechos, existe un problema para los servicios públicos que a través de un dictamen se vulneren sus pretensiones. Ver ZUÑIGA URBINA, F. Control Judicial de los Actos Políticos. Recurso de Protección ante las Cuestiones Políticas, año 2010.

Otro punto a analizar es la falta de legitimidad⁷ de la que adolece la potestad dictaminadora, defecto propio de los órganos que cumplen funciones jurisdiccionales, pero que no forman parte del Poder Judicial. En palabras de Zuñiga Urbina, dichos órganos están en armonía con la “*democracia constitucional*”, puesto que la Constitución es empleada como fuente de legitimidad del Estado, otorgando funciones de especial relevancia a ciertos organismos autónomos, tales como la guarda o custodia de un cierto orden político- institucional. Con ello la propia Constitución está autoafirmando sus principios de constitucionalidad: supremacía formal y material, valor normativo y eficacia normativa⁸.

La presente AFET se divide en tres capítulos. El primero, analizará la insuficiencia normativa de la potestad dictaminante, realizando un estudio a la Constitución Política, a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y diferentes dictámenes que fundamentan este rol.

Seguidamente; el segundo capítulo, abordará la autorregulación de la potestad dictaminadora, la cual sin tener un desarrollo profundo en textos positivos, a través de las decisiones del ente fiscalizador, se irroga facultades que incluso van en contra de la ley. Tales como: la supremacía de sus interpretaciones, la exclusividad para interpretar la normativa administrativa y la resolución de conflictos entre particulares y el Estado.

Finalmente, ante las decisiones emitidas por la Contraloría General de la República, se estudiará cuáles son los mecanismos para recurrir a los Tribunales de Justicia. Como se analizará, la jurisprudencia ha ido en una evolución de legitimar la potestad dictaminadora, haciendo menos recurrente la impugnación de dictámenes a través de la acción de protección y la nulidad de derecho público.

Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República ha tenido pugnas en cuanto a quién debe interpretar la normativa administrativa para resolver un determinado asunto. Ello, ha originado contiendas de competencias, las cuales el Tribunal Constitucional y el Senado han dirimido. Estos conflictos, también se estudiarán en el capítulo tercero de la presente AFET.

⁷ Así FERRAJOLI, lo concentra en una carencia de legitimidad democrática, en la cual los órganos autónomos constitucionalmente presentan facultades que se alejan de la soberanía popular. FERRAJOLI, Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Madrid Trotta, año 2003.

⁸ ZUÑIGA URBINA, F. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contra mayoritarias a propósitos de las Aporías de la Democracia Constitucional, Revista Ius et Praxis, p. 240.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA POTESTAD DICTAMINADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA.

1.1 Orígenes y su evolución legal.

Chile atravesó por una profunda crisis financiera en la década del XX tras la caída del salitre y su inminente desaparición. El entonces presidente Arturo Alessandri Palma estudió distintas medidas que pusieran fin a este periodo de inestabilidad. De este modo, se conformó la *Misión Kemmerer*, en la que un grupo de expertos financieros estadounidenses propuso la búsqueda de nuevos recursos, tales como el cobre y la industria manufacturera.

El líder de la comisión, Edwin Kemmerer, informó que había una falta de cumplimiento a las leyes y disposiciones administrativas vigentes, que acarreaba una defraudación en la recaudación e inversión de los fondos públicos, descubierta en varios servicios, existiendo una carencia en su fiscalización. Frente a ello, se propone acabar con la desviación de recursos públicos y aumentar la fiscalización y el control del aparataje estatal. Así se dicta el Decreto con Fuerza de Ley 400 bis el año 1927, que da vida a la Contraloría General de la República y refunde en ella a la Oficina Central de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Sección de Bienes Nacionales y la Dirección de Estadística.

El modelo institucional de la época estaba marcado especialmente por la Constitución de 1925, que tenía una visión de separación de poderes tripartita, lo cual hacía dependiente del Gobierno a la Contraloría General de la República, pero independiente según el artículo 1 del DFL 400 bis a todas las oficinas ministeriales y del Estado de la época. Situación que no es asimilable a nuestro modelo actual, debido a que hoy es una institución que goza de autonomía por precepto constitucional.

Desde sus inicios, el modelo del ente contralor presentaba una marcada independencia respecto al Congreso Nacional, lo cual lo diferenciaba sustancialmente de otros modelos latinoamericanos, puesto que si bien es un órgano autónomo e independiente

auxilia a la fiscalización parlamentaria del gasto y de la ejecución presupuestaria, en general.⁹

Con esta primera versión de la Contraloría General de la República comienzan los primeros vestigios de su facultad dictaminadora. En efecto, el artículo 7 número 10 sostiene que el Contralor tiene la facultad de dictar reglamentos y disposiciones administrativas e impartir las instrucciones del caso para la legal y correcta inversión de los fondos del Estado.

Posterior a ello, el Presidente Carlos Ibáñez del Campo derogó el DFL N° 400 bis y promulgó el Decreto con Fuerza de Ley N° 2960 bis¹⁰, el cual le adicionó facultades de revisión de legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos; la Contraloría General de la República ahora tendría una centralización del poder. Incluso para Ruiz Tagle este sería una especie de cuarto poder del Estado.¹¹

En esta etapa la potestad dictaminadora también tiene un carácter vinculante, en la cual obliga al Contralor General a emitir informes por escritos a petición de cualquier Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministerio del ramo, ante el Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 7 del DFL N° 2960 bis.

⁹Aldunate comenta que, si bien el concepto de "contraloría" proviene del sistema estadounidense, influenciado por el *government accountability watchdog*, las funciones de la Contraloría General de la República se asimilan al modelo hispano, lo cual lo hace único en nuestra región, puesto que presenta una independencia absoluta del Congreso consagrando su autonomía constitucional. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. La Evolución de Control de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2005, p. 22.

¹⁰ Para Jocelyn-Holt la facultad de intervenir en la constitucionalidad de las acciones del poder ejecutivo ha terminado por hacer de la contraloría chilena la contraloría más poderosa de las que surgieron del modelo inicial propuesto por Kemmerer. El autor cita a Paul Drake diciendo que Ibáñez convirtió al ente contralor en un verdadero cuarto poder constitucional. JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO. La Contraloría General de la República: su sentido histórico. Estudios Públicos, 137, año 2015, p. 147.

¹¹ RUIZ-TAGLE VIAL, PABLO. Una Contraloría General de la República que sirva a todos los chilenos. Estudios de Derecho Administrativos. Revista de Derecho Público, V. 70, año 2003, p. 243.

La Ley N° 7.727¹² de 23 de noviembre de 1943, modificó el artículo 21 de la Constitución Política de la República de 1925, consagrando a la Contraloría General de la República como una institución incluida en la carta fundamental. En ella se describe sus funciones fiscalizadoras, jurisdiccionales y de control ante ciertos decretos expedidos por el Presidente de la República, prescindiendo de otorgar un rango constitucional a su potestad dictaminadora.¹³

En 1953 se dicta la Ley Orgánica Constitucional N° 10.336, que establece la organización y atribuciones del ente contralor, para que posteriormente en el año 1964 – bajo el Decreto N° 2.421- se sistematice en un texto refundido y coordinado. En esta versión se consagra su potestad dictaminadora, estableciendo que la Contraloría podrá informar a petición de parte o de jefaturas de servicio o de otras autoridades por medio de dictámenes. El artículo 6 señala el carácter vinculante de ello, sosteniendo que las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivo de jurisprudencia administrativa.¹⁴

Finalmente queremos hacer mención a la Ley N° 19.817 que modificó a la Ley N° 10.336, puesto que significó una gran reforma del legislador a la orgánica y funciones de la Contraloría General de la República. Esta norma fue publicada en el año 2002, y ya en su mensaje admitía –como en último lugar- su función jurisprudencial, realizándola a través de sus dictámenes respectivos.¹⁵ Sin embargo, estas modificaciones sólo se llevaron a cabo para los procedimientos de la toma de razón, el control financiero, los sumarios a

¹² En el espíritu de esta norma, el legislador buscó limitar la iniciativa parlamentaria en lo relativo al gasto público. Por este motivo, estableció a la Contraloría como un organismo consagrado a nivel constitucional, y estableció sus facultades expresamente en la Constitución de 1925.

¹³ En esta etapa, la Contraloría tiene una caracterización que obliga a visualizarla en su dimensión constitucional. Ya la representación de la inconstitucionalidad y de la ilegalidad de ciertas medidas ejecutivas presuponía la necesidad de elevar la institución a rango constitucional. Esto presumiblemente por el crecimiento que hacia esa década va adquiriendo el Estado. Si la Contraloría había de controlar al Estado, era imperioso que ella tuviera reconocimiento Constitucional. JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO. La Contraloría General de la República: su sentido histórico. Estudios Públicos, 137, año 2015, p. 147.

¹⁴ Vergara explica que esta evolución es el fruto del derecho administrativo de la época, y que el futuro como órgano contralor, depende de la adecuación a las nuevas necesidades de la Administración a la que, controlándola, paradójicamente, sirve. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 2012. El Rol de la Contraloría General de la República: Desde el Control de Legalidad a los Nuevos Estándares de Buena Administración. Contraloría General de la República: 85 años de Vida Institucional. P. 103.

¹⁵ Mensaje de Ley N° 19.817, primer trámite constitucional: Cámara de Diputados.

municipalidades y el juicio de cuentas, pero quedó silente respecto a la potestad dictaminadora, prescindiendo de establecer un proceso, formas de notificación y su regularización en general, cuando el espíritu de la norma fue regularizar las facultades del ente contralor.¹⁶

Como hemos visto, la facultad de dictaminar del órgano contralor ha tenido un crecimiento a nivel legal desde sus comienzos y es anterior a la Constitución Política de 1980. Por consiguiente, el constituyente originario no consideró tener un precepto expreso que hiciera alusión a la facultad dictaminante, pese a que consagró a la Contraloría General de la República como un órgano autónomo y dotada de las facultades descritas en el artículo 98 de la carta fundamental.

1.2 Constitución Política de 1980.

Como cuestión especial merece ser analizada en este capítulo la Constitución Política de 1980, debido a que autores del Derecho Público -tales como Bermúdez o Navarro- encuentran fundamento de la potestad dictaminadora en la Carta Fundamental.

El Contralor Jorge Bermúdez Soto explicita que el artículo 98 de la Constitución Política de la República contiene implícitamente la facultad dictaminadora. Así lo establece el Oficio N° 093000 de 28 de diciembre de 2016 emitido por la Contraloría General de la

¹⁶ Don Patricio Aylwin envió un proyecto de ley el año 1992, en el busca la modificación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, sin embargo, no perseveró en el Congreso. En el mensaje daba cuenta de las facultades que tiene el órgano contralor debiendo precisar más profundamente en ellas, y establece un procedimiento para la potestad dictaminadora estableciéndola como la principal fuente de jurisprudencia administrativa pero acotada a los temas que eran competencia de esta institución, puesto que paralelamente despachó al congreso un proyecto de ley que tampoco se tramitó, en el cual creaba los tribunales en lo contencioso administrativo y establecía el procedimiento para la toma de conocimiento de asuntos administrativos. La razón de ello, era la desnaturalización del recurso de protección para la anulabilidad de resoluciones de distintos servicios públicos. En Mensaje Presidencial de Boletines N° 687-06 y N° 684-06.

República, en la cual se solicita al Honorable Senado dirimir una contienda de competencia entre el ente fiscalizador y la Corte Suprema.¹⁷

Así, la potestad dictaminante sólo la validaban a través del artículo 98 de la Constitución, en la cual no está establecida expresamente, pero se ha justificado a través de una facultad residual contenida en el mismo artículo, que señala: “y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

Por otro lado, Navarro sostiene que la facultad de cualquier afectado por un acto ilegal dictado por un servicio público para solicitar un dictamen a la Contraloría General de la República encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 N° 14, señalando se autoriza a cualquier persona a: “*presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*”, ligándolo directamente con el derecho a petición.¹⁸

A continuación, se analizará en extenso ambos artículos de la Constitución, vislumbrando que el Constituyente no tuvo como razón fundamentar la función dictaminante del ente contralor en la Carta Fundamental ni tampoco cabe realizar una interpretación laxa a los mencionados artículos, puesto que el núcleo de garantía del Derecho de Petición se refiere a una razón distinta del rol dictaminador de la Contraloría.

1.2.1 Artículo 98 de la Constitución Política de la República.

Este artículo otorga la función fiscalizadora, jurisdiccional y contable de los servicios públicos a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de ello, no establece expresamente su función dictaminadora.

¹⁷ Caso Dirección de Aeronáutica Civil v/s Fisco de Chile, en la cual la Contraloría General de la República interpone solicitud de contienda de competencia al Honorable Senado de Chile, la cual será abordada latamente en el capítulo 3 de este trabajo.

¹⁸ NAVARRO BELTRÁN, EDUARDO. 2013. Bases Constitucionales de la Toma de Razón de la Potestad Dictaminante de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, volumen 78. P. 105.

El mismo precepto dispone un encargo al legislador, autorizando a la Contraloría General de la República a *desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva*. Este es el punto de partida para que una vasta jurisprudencia¹⁹ emanada del mismo ente contralor encuentren fundamentos de constitucionalidad en este artículo, respecto a su rol dictaminador.

Silva Cimma considera que el control de legalidad puede ser a posteriori, tachando el acto una vez ejercitado y, por lo tanto, se debe procurar o su anulación o la reparación de los daños que el acto ilegal causó en la administración como a terceros, según corresponda²⁰.

Por tanto, la función dictaminadora está justificada también dentro de la función de control de legalidad establecida en el artículo 98 de la Constitución y relacionada íntimamente con los artículos 6° y 7°. De la misma norma suprema. Se pretende que el ente contralor tenga un doble control de legalidad, siendo la potestad dictaminadora el método utilizado cuando el acto administrativo ya ha nacido a la vida del derecho.

El constituyente originario eliminó la facultad dictaminadora de la Contraloría General de la República establecida en la ley. En la Comisión Ortúzar, la comisionada Madariaga, presentó su inquietud respecto a la interpretación finalista²¹ que se pudiera realizar sobre la ley por el ente contralor.

¹⁹ Así la mayoría de los dictámenes que se refieren a este artículo dicen: *“...de este modo, la función que la Constitución ha encargado a la Contraloría General de la República de interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos, y el uso que de esta facultad ha hecho esta institución...”* Dictamen N° 35.397 de 6 de agosto de 2007, Dictamen 61.817 del año 2007, Dictamen 82.337 del año 2013.

También lo explicita el informe al Congreso Nacional de la Contraloría General de la República, a propósito, sobre la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

²⁰ SILVA CIMMA, ENRIQUE. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado, vol. III, p. 46.

²¹ La interpretación finalista nace en Francia, en el Estado social, donde la interpretación jurídica de la administración dejó de ser pensada como una aplicación rígida de una regla lógica en que la causa había de seguir un necesario efecto; el profesional jurídico busca colocar en el lugar sicológico y temporal del legislador para dar fiel traducción a su mandato en la solución de un caso particular (...) El legislador abandonó entonces la regla de la formalidad por la de finalidad e incorporó como elemento de la interpretación administrativa la idea de servicio al público, inspirado en el deber que tenía el Estado, como miembro del taller social, de dar satisfacción a las necesidades generales de la sociedad. En PANTOJA BAUZA, R. 1996. El Derecho Administrativo. Concepto, Características, Sistematización, Prospección. Editorial Jurídica de Chile, p. 237.

Para la Comisión lo anterior permitiría un “juego de satisfacción de necesidades dentro de la legalidad”. La interpretación “final de la ley”, si la realiza la Contraloría con un sentido único, obligatorio para el administrador, podría atribuirse poderes de ejecución y de ponderación de las motivaciones de ese “conductor”, porque el día que otro órgano se atribuya esos poderes, entra a gobernar²², también esta interpretación es criticada por el ex Contralor Arturo Aylwin.²³

Así el Constituyente originario ahonda en el asunto, una vez redactado el precepto constitucional – el artículo 98- arguye que, si la Contraloría interviene de algún modo respecto de la ley, tiene que hacerlo solamente sobre aspectos materiales de la misma; en cuanto a su conformidad con el texto efectivamente tramitado y aprobado de acuerdo a la Constitución²⁴.

Incluso la Comisión Ortúzar debatió más profundamente respecto a prohibir expresamente en el texto constitucional la función dictaminadora, impidiendo que la Contraloría interprete, con alcance general y obligatorio para toda la Administración Pública, las normas de Derecho Administrativo.²⁵

Del mismo modo, el comisionado Ortúzar señaló que el control jurisdiccional administrativo corresponde exclusivamente a los tribunales administrativos o tribunales ordinarios, debido a que son materias distintas al control de legalidad, lo cual se debe realizar por las normas encomendadas en la Constitución, le parece errado establecer un artículo

²² Barros sostiene que, por la época del régimen militar, nacen varias interrogantes respecto a la Constitución nominal y el régimen de excepción, por lo que las instituciones que ejercen un control –el caso de la Contraloría General de la República- podrían limitar el poder de facto del gobierno. Es por ello que algunas razones esgrimidas por la Comisión Ortúzar pueden ser sólo para la perdurabilidad y estabilidad de la dictadura militar. En: BARROS, ROBERT. La Junta Militar, Pinochet, y la Constitución de 1980, año 2005, p. 115.

²³ Misma línea ha tomado el Ex Contralor Arturo Aylwin –uno de los principales defensores de la potestad dictaminadora- se refiere a que uno de los principales desafíos para el ente contralor es profundizar más en lo que se refiere a la interpretación finalista de la ley. En: AYLWIN AZOCAR, ARTURO. 2002. Reflexiones sobre la Modernización de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho 75 años de Vida Institucional (1927-2002). P. 18.

²⁴ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 319, celebrada el martes 4 de octubre de 1977, página 12.

²⁵ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 319, celebrada el martes 4 de octubre de 1977, página 38.

constitucional prohibitivo y limitativo de las facultades de la Contraloría, ya que todavía – a esa fecha- no se había dictado la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.²⁶

El artículo 98 de la Carta Fundamental fue modificado por la Ley N° 20.050 el año 2005 en cuanto a los requisitos que debe tener el Contralor para ser designado. Sin perjuicio de ello, no se pronunció sobre su rol interpretador.

Finalmente, respecto a que la facultad dictaminadora es la función de control de legalidad de la Contraloría General de la República, para Francisco Zuñiga, esto constituye “un control de legalidad de segundo nivel”, amparado en una “facultad residual” emanada de la Ley Orgánica Constitucional y tiene menor fuerza que las funciones establecidas en la Constitución²⁷.

Por esta razón no corresponde que la Contraloría General de la República realice un control de legalidad de segundo nivel como lo dice Zuñiga. La potestad dictaminadora no se puede justificar desde esa razón, puesto que quien le corresponde detentar ese control es al Poder Judicial a través de su poder jurisdiccional interpretando las normas administrativas. Para Pantoja Bauzá se satisface mejor el principio de legalidad bajo el control de tribunales contenciosos.²⁸

1.2.2 Artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República.

El derecho de petición se ha definido como una forma de comparecer ante la autoridad, que garantiza al ciudadano a ser escuchado por el Estado, y que por regla general,

²⁶ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 319, celebrada el martes 4 de octubre de 1977, página 38.

²⁷ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO y VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 2008. Contrapunto sobre el Rol de la Contraloría General de la República. Revista Chilena de Derecho 32 (2): 397.

²⁸ Esta idea constituye el aporte del pensamiento francés al Derecho Público Occidental. Su institucionalización significó someter a las autoridades administrativas al juicio de lo contencioso administrativo, sujeción que habría de traer consigo extraordinarias consecuencias para la expansión del principio de legalidad en sus aspectos objetivos y subjetivos. En PANTOJA BAUZA, ROLANDO. El Principio de la Legalidad: Corolario del Estado Constitucional de primera Generación. [en línea] U cursos <www.ucursos.cl/%2Fderecho%2F2008%2F1%2FD123A0525%2F4%2Fmaterial_docente%2Fbajar%3Fid_material%3D168311&usg=AFQjCNGMjqOz8BsHB2GeHYUFA_t_PjiYlg>, p. 6.

tiene como destinatario a la administración, cuyo correlato sería la obligación de respuesta de la autoridad.²⁹

A su vez, la Contraloría General de la República se ha pronunciado que al ente fiscalizador le corresponde conocer y pronunciarse en cuanto a las presentaciones deducidas ante él, cuando éstas se refieran a asuntos en que se haya producido, por parte de la autoridad administrativa, una resolución denegatoria, o se haya omitido dicha resolución.³⁰

En concordancia con lo precedente, el ente contralor ha fundado sus respuestas en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República, en consideración con el derecho de petición, con lo cual tendría facultades amplias para responder a los peticionarios.³¹

Así mismo, el profesor Navarro ha argumentado la potestad dictaminadora en el artículo 19 N° 14 de la Carta Fundamental³², estableciendo que la Contraloría General de la República al responder la solicitud de los particulares sólo estaría satisfaciendo el derecho de petición y dando cabal cumplimiento al principio de legalidad.³³

Profundizando en lo anterior, el origen de este argumento fue el Dictamen N° 24.841 de 1974, que sostiene que para alcanzar una mayor eficiencia en el cumplimiento de las funciones fiscalizadoras y de asesoría jurídica por parte de la Contraloría General de la República, se establece un criterio de legitimidad para recurrir a ella por los particulares, a través del derecho de petición.

Por consiguiente, a través de sus dictámenes, la misma Contraloría se atribuyó la facultad de interpretar las normas administrativas y resolver conflictos contenciosos, fundamentado en el derecho de petición o, como menciona Navarro Beltrán, tiene la facultad

²⁹ MARTINEZ BENAVIDES, PATRICIO. 2012. El Principio de Inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la Perspectiva del Estado Constitucional. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 1. P. 136 y 137.

³⁰ Dictamen N° 18.096 de la Contraloría General de la República de 2011.

³¹ Dictamen N° 29.330 de la Contraloría General de la República de 2017.

³² En NAVARRO BELTRAN, EDUARDO. 2012. Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad de la Contraloría. Contraloría General de la República 85 años de vida institucional (1927-2012). P. 184.

³³ Para Cordero se estaría satisfaciendo en un concepto amplio de control de legalidad, que abarca todo lo que hace y en razón de ello resuelve disputas entre un particular y el Estado. CORDERO VEGA, LUIS. 2012. La Jurisprudencia Administrativa. El Mercurio Legal.

de dictaminar frente a la solicitud de un afectado por un acto ilegal de cualquier servicio público.³⁴

Los antecedentes expuestos se extralimitan en la esfera de protección del derecho de petición, puesto que el núcleo de la garantía es la comunicación de los ciudadanos con el aparataje del Estado, es una forma de participación en la cosa pública³⁵, de este modo viene a suplir las carencias de la democracia representativa. Por consiguiente, es un derecho político, una garantía de presencia de la ciudadanía ante los órganos políticos del Estado, lo cual significa que no estaría contemplado en su núcleo una actividad de interpretación normativa para decidir sobre un conflicto, cuestión que es propia de una función jurisdiccional.

Cuando un órgano de la administración del Estado interpreta una norma – como ocurre en el caso del Consejo para la Transparencia, la División de Desarrollo Urbano o Municipalidades- lo hacen en virtud de la esfera de sus atribuciones especificada en una ley y no en razón del derecho de petición.

Un ciudadano podría solicitar al SERVIU Metropolitano que interprete una norma de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Sin perjuicio de ello, esta institución no puede interpretar dicha norma amparado en el derecho de petición, puesto que la ley indica que es la División de Desarrollo Urbano perteneciente al MINVU la facultada para establecer circulares que interpreten normas urbanísticas.

Por consiguiente, el derecho de petición amparado en la Constitución y en el artículo 38 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, faculta al administrado a que presente una solicitud a la administración, sin perjuicio de ello, el Servicio Público debe tener autoridad administrativa para resolver el asunto, es decir, debe tener la competencia otorgada por la ley para tomar una decisión respecto al asunto.

³⁴ NAVARRO BELTRAN, EDUARDO. Op Cit. P. 184.

³⁵ Históricamente, el derecho de petición aparece en la época de la Revolución Francesa, como una posibilidad de comparecer ante las corporaciones políticas para solicitarles que legislaran sobre determinadas cuestiones. VIVANCOS MARTINEZ, ANGELA. 2006. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II. P. 419.

El ente contralor resuelve cuestiones que escapan a la competencia entregada por la Constitución y su ley orgánica, como es el caso de resolución de conflictos entre particulares y la administración, casos que tienen naturaleza litigiosa y otras materias, tales como la interpretación de normas administrativas la cual el legislador le otorgó competencia a otras instituciones para conocer de ello.

II. DEFICIENCIAS DE LA FACULTAD DICTAMINADORA.

Como se vio en el capítulo precedente, ni el constituyente ni el legislador regularon los alcances y los efectos que tiene la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República. De tal modo, se forzó a la institucionalidad a utilizar al ente contralor como interpretador de las normas administrativas, sin tener una fuente normativa en cuanto a su regulación.

La Contraloría General de la República resuelve dicha falencia a través de las propias interpretaciones que realiza de las normas administrativas. En efecto, sus dictámenes conceptualizan, definen los efectos y la técnica interpretativa que utilizarán en sus mismas decisiones. Ello ocasiona una autorregulación de su propio proceso administrativo, el que se escapa de la órbita de su ley orgánica.

El ente contralor ha tenido un rol fundamental en la uniformidad del derecho administrativo chileno, llevando a cabo una actividad estabilizadora, ante la ausencia de regulación normativa. Sin embargo, como señala Cordero, comenzó a subjetivizar el control jurídico y, en consecuencia, la interpretación de la ley administrativa, legitimando su intervención no sólo con un estándar de control objetivo y abstracto, sino extendiéndolo a la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas, funcionando como un tribunal administrativo.³⁶

Por consiguiente, el ejercicio dictaminador ocasiona una falta de legitimidad democrática y material, puesto que sus decisiones no sólo interpretan normas abstractas del derecho administrativo, sino también lo hará sobre su propio ejercicio dictaminador.

³⁶ CORDERO VEGA, LUIS. 2013. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre el legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales. P. 186.

2.1 La autorregulación del ejercicio dictaminador.

2.1.1 Exclusividad para dictaminar.

La potestad dictaminadora encuentra sustento en los artículos 1° y 6° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el cual se establece que exclusivamente el Contralor informará respecto a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo. Respecto al funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización -agrega el siguiente inciso- que también deberá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione con la inversión o compromiso de los fondos públicos.

A su turno, la Contraloría a través de su facultad interpretadora, ha señalado que su potestad dictaminadora es exclusiva³⁷, y se enmarca dentro de la función de control de juricidad, toda vez que implica velar por el respeto al marco legal vigente.³⁸

En relación con la materia, el artículo 1 de la Ley N°10.336 señala que a la Contraloría le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios. En ese sentido, el ente contralor se ha pronunciado que este artículo también le otorga facultades para emitir dictámenes y ejercer el control de legalidad de los actos de la administración.³⁹

Lo primero a analizar respecto al artículo sexto es que el legislador le dio una esfera de actuación a la Contraloría dentro de su exclusividad. Así la mandata a informar respecto a los asuntos establecidos expresamente en el inciso primero y en el inciso segundo⁴⁰. Estas limitaciones las podemos analizar en dos aspectos.

³⁷ Así también lo ha sostenido Bermúdez –actual Contralor- quien sostiene que un dictamen es: *“un informe en derecho o interpretación jurídica emanada de la Contraloría General de la República”* BERMUDEZ SOTO, JORGE. 2014. Derecho Administrativo General. Tercera Edición, Thomson Reuters. P. 508.

³⁸ Oficio N° 93.000 de 28 de diciembre de 2016 de la Contraloría General de la República.

³⁹ Dictamen N° 82.297 de 2014.

⁴⁰ Sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos, asuntos que se relacionen con el estatuto administrativo, inversiones o compromisos de los fondos públicos y el funcionamiento de los servicios públicos.

Inicialmente hay una limitación material para el Ente de Control. Así el mencionado artículo 6° establece que sólo serán las materias relacionadas con sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos, asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, inversiones o compromisos de los fondos públicos y el funcionamiento de los servicios públicos. El legislador jamás le atribuyó competencia para conocer respecto a materias urbanas, ambientales y de derecho regulatorio en general.

Seguidamente, la exclusividad sólo se debe enmarcar dentro de los funcionarios públicos, puesto que el artículo 9 de su ley orgánica establece la limitación que los informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieren. Por lo cual nada obsta, a nuestro juicio, que una superintendencia puede exclusivamente conocer e interpretar la normativa sometida a su competencia para resolver un conflicto entre el Estado y un particular, puesto que el ente fiscalizador tiene sus límites en los funcionarios públicos,⁴¹ es por ello que el legislador prevé procedimientos sancionatorios con resoluciones obligatorias para los particulares.

Por otra parte, hay una limitación del ente fiscalizador. Mal se ha entendido que la Contraloría General de la República es el único órgano competente para interpretar la normativa administrativa. Sin embargo, se obvia a las superintendencias a las cuales sus leyes especiales les encomiendan la interpretación de las normas según la especialidad que trate o, los departamentos y divisiones de ministerios que a través de sus circulares o instructivos interpretan la normativa administrativa.⁴²

⁴¹ Los procedimientos sancionatorios de las superintendencias establecen la obligatoriedad de lo decidido por ellas a los particulares, dando la opción de recurrir ante la Corte de Apelaciones. Por ejemplo, la Ley N° 20.529, establece que la Superintendencia de Educación podrá fiscalizar la observancia de sus disposiciones y dictar órdenes para su cumplimiento – a particulares a través de vía dictaminadora- establece el artículo 85 que los afectados que estimen que resoluciones del Superintendente no se ajustan a la normativa educacional, podrán reclamar ante la Corte de Apelaciones.

⁴² Numerosas son las instituciones que podemos mencionar, la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 329 de 1979 del Ministerio de Hacienda, establece en su artículo 4 numeral 7 que es atribución del Director Nacional de Aduanas interpretar administrativamente en forma exclusiva, las disposiciones legales y reglamentarias de orden tributario y técnico. Así también la Ley N° 20.529 que crea el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, establece que corresponderá al superintendente de educación, interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y normas técnicas que rigen las entidades y materias fiscalizadas, elaborar instrucciones de general aplicación y dictar orden para su cumplimiento, o la Ley N° 19.345 del Ministerio del Trabajo, que establece que corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Seguridad Social la interpretación de la Ley N° 16.744, impartir las instrucciones necesarias para su aplicación y fiscalizar la observancia de sus disposiciones.

Por último, hay un límite funcional que el mismo artículo sexto de la Ley Orgánica de la Contraloría establece en sus incisos tercero y cuarto. En efecto, el legislador estableció que el ente fiscalizador no podría 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.

En este sentido, el ente contralor no puede conocer asuntos que contengan derechos subjetivos involucrados para las partes, puesto que el mismo legislador le establece la limitación a su exclusividad de informar, que no podrá resolver asuntos que tengan el carácter de litigioso. En el capítulo 3 se expondrá latamente esta situación, puesto que como se analizará, en materia urbana la Contraloría ha otorgado derechos a particulares vulnerando la limitación del inciso tercero del artículo 6 de su ley orgánica.⁴³

Sobre lo anterior, la Ilustrísima Corte de Apelaciones ha señalado que el legislador distinguió dos tipos de materias respecto de las cuales a la Contraloría General de la República le está vedado emitir dictámenes, los cuáles están señalados en el inciso tercero y cuarto. En lo que se debe entender por naturaleza litigiosa son aquellos asuntos que son propensos a mover un pleito o litigio.⁴⁴ En sentido contrario lo ha entendido el ente fiscalizador, puesto que ha argüido que: *“si la naturaleza litigiosa de la cuestión planteada que sugiere el municipio, deviene del hecho que se trata de un aspecto susceptible de ser debatido en sede judicial, debe señalarse que ello no constituye motivo plausible para atribuirle tal carácter, como quiera que, en definitiva, toda cuestión puede ser objeto, eventualmente, de discusión en el ámbito jurisdiccional. Entender lo contrario, llevaría a la situación de considerar que este ente contralor no podría pronunciarse acerca de ninguna materia en la que exista una controversia”*⁴⁵

Bajo este argumento, la Contraloría también ha creado una ficción jurídica en cuanto a sus limitantes para conocer de los asuntos que tienen naturaleza litigiosa. El legislador orgánico estableció expresamente cuáles eran esos límites y dispuso cuál es su campo de acción. El inciso tercero del artículo 6 de la Ley Orgánica del ente fiscalizador menciona la frase *“por su naturaleza sean propiamente litigiosos”* y luego utiliza la palabra disyuntiva “o”

⁴³ Cordero señala que en la década de los 90, la Contraloría se irá pronunciando progresivamente sobre cuestiones que involucran a los particulares, poniendo énfasis en procedimentales, extendiendo su función a cuestiones tales como el otorgamiento de pensiones, tarifas, regulación urbana y medio ambiente. Op Cit. P. 183.

⁴⁴ Sentencia Corte de Apelaciones rol N° 8.317 año 2005.

⁴⁵ Dictamen N° 64.951 del año 2014.

para referirse a la intervención del conocimiento de los Tribunales de Justicia. Es decir, el legislador entregó dos limitantes distintas, entendiendo una como aquellos asuntos que podrían ser objeto de la intervención de los Tribunales, y en otro aspecto, aquellos que ya están siendo conocido por ellos a través de la interposición de una demanda.⁴⁶

Finalmente, dentro de la exclusividad de la potestad dictaminadora, es necesario analizar el control de legalidad del cual es garante la Contraloría. En un sinnúmero de dictámenes⁴⁷ se fundamenta su ejercicio resolutorio en función del control de legalidad que la Constitución le ha conferido en su artículo 98⁴⁸.

El ejercicio que realiza la Contraloría en sus dictámenes siempre es similar, pues señala que el artículo 98 de la Constitución le confiere controlar la legalidad de los actos de la administración. Cuando es cuestionado su ejercicio dictaminador se excusa en el artículo 6° y 7° de la carta fundamental, puesto que su acción se somete a la Constitución –en razón del control de legalidad- y actúa dentro de las competencias que la ley constitucional le otorgó.

Enrique Silva Cimma sostiene que el control de legalidad puede ser por tanto a priori o a posteriori – el cual es exclusivo al órgano de control- y que por consiguiente en su rol dictaminante puede tachar el acto una vez ejercitado en una suerte de segunda revisión realizada por el ente fiscalizador.⁴⁹

La anterior interpretación encuentro que está errada. Si bien, el artículo 98 de la Constitución Política le encomienda a la Contraloría el control de la legalidad de los actos de

⁴⁶ Un criterio distinto ha tenido la Contraloría frente a obligaciones que tiene naturaleza tributaria. En decisión jurisprudencial se ha señalado que éstas tienen el carácter de litigioso, sin que haya sido necesario la intervención de los Tribunales de Justicia, es decir, no se ha hecho exigible a través de una demanda el conocimiento del Poder Judicial para este hecho controvertido, pero, igualmente se ha declarado incompetente para dictaminar y resolver el asunto sometido a su conocimiento. Dictamen 25.954 del año 2017.

⁴⁷ Así el Dictamen N° 42.026 de 2017 establece, en su párrafo final, que los pronunciamientos que han sido emitidos por la Contraloría General de la República en el ejercicio de su potestad interpretativa, lo hace con lo prescrito en el artículo 98 y 99 de la Constitución. El Dictamen N° 26.498 del 2011, establece que la potestad dictaminadora es una herramienta para hacer efectivo el control de legalidad que le ordena el artículo 98.

⁴⁸ El ejercicio que realiza la Contraloría en sus dictámenes siempre es similar, pues señala que el artículo 98 de la Constitución le confiere controlar la legalidad de los actos administrativos de la administración. Cuando es cuestionado su ejercicio dictaminador, se excusa en el artículo 6 y 7 de la Carta Fundamental, puesto que su acción se somete a la Constitución –en razón del control de legalidad- y actúa dentro de las competencias que la ley constitucional le otorgó.

⁴⁹ SILVA CIMMA, ENRIQUE. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado, el servicio público. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. P. 283.

la administración, es el mismo artículo 99 de la Carta Fundamental que establece cuál es la herramienta que debe utilizar el órgano fiscalizador para cumplir el mandato realizado. En consecuencia, el artículo mencionado le dice al ente fiscalizador que el ejercicio de la función de control de legalidad deberá tomar razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse ante esta Institución estableciendo el procedimiento y el Poder del Estado que podrá insistir ante su representación.

Entonces, ¿por qué si el Constituyente estableció en la misma carta fundamental la herramienta y el procedimiento para ser efectivo el control de legalidad, prescindió de establecerlo respecto a la potestad dictaminadora?

Creo que la respuesta es la desnaturalización del poder dictaminante, su interpretación no se puede entender como una segunda revisión del control de legalidad, más bien, constituye una interpretación de aquellas materias que el legislador orgánico estableció expresamente para la correcta aplicación de leyes y reglamentos, y como lo ha dicho la propia Contraloría, donde su sentido y alcance son claros.

Por tanto, dentro de la autorregulación y la legitimidad que los mismos actos dictaminadores le otorgan a su ejercicio, se desvirtuó lo que naturalmente eran los informes que el Contralor debe realizar sobre las materias encomendada por su ley orgánica para la correcta aplicación de las leyes y reglamentos a los funcionarios públicos.

2.1.2 Alcances de la Potestad Dictaminadora.

Diversos dictámenes de la Contraloría General de la República han señalado que en ejercicio de las atribuciones relativas a la Ley N° 10.336, interpreta la ley administrativa, fijando su exacto sentido y alcance, por lo que la norma interpretada y el dictamen que en ella ha recaído constituyen un todo obligatorio para la autoridad y para los funcionarios a quienes afecta, produciendo sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.⁵⁰

⁵⁰ Dictamen N° 72.479 de 1976. Dictamen N° 31.219 de 1986. Dictamen N° 14.448 de 1988. Dictamen N° 20.101 de 2000. Dictamen N° 20.101 del año 2000. Dictamen N° Dictamen N° 88.621 de 2015. Dictamen N° 18.938 de 2016. Dictamen N° 50.185 de 2007. Dictamen N° 43.360 de 2017. Dictamen N° 44.270 de 2011.

Así, el Dictamen N° 84.026 de 2014 señala que los efectos de las decisiones de la Contraloría no son otros que los que la ley ha establecido y que el legislador ha querido producir. En tanto a que el dictamen en su naturaleza meramente interpretativa, se limita sólo a esclarecer las normas y la voluntad del legislador, razón por la cual éste rige desde la fecha de la ley que interpreta y se entiende incorporado por ella.

Si la interpretación que contiene un dictamen, pronunciándose acerca del correcto sentido de una norma y dilucidando los efectos que ella ha querido establecer, sólo fuera aplicable desde la fecha en que fue emitido, se infringiría el control de legalidad del ente contralor, al impedir el ejercicio de la potestad correctiva respecto de las actuaciones acaecidas entre la fecha del precepto interpretado, y la de su emisión siendo contraproducente con lo mandatado en el artículo 6° de su ley orgánica constitucional.⁵¹

Por tanto, sin establecer la ley desde cuando se entiende que los dictámenes producen sus efectos, el mismo ente contralor ha establecido a través de su vasta jurisprudencia que sus decisiones, al recaer en una obligatoriedad para la autoridad y los funcionarios a quienes afecta, producen sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.⁵²

Respecto a su obligatoriedad su propia ley orgánica establece que sólo lo son para los servicios públicos, por lo que cuando se extiende a particulares sus decisiones, está incurriendo en una facultad desorbitante de su ley orgánica.⁵³

La referencia a los alcances de las decisiones del ente contralor supone mencionar también a qué sujetos afectará. En el año 1974, el Contralor Humeres, sostuvo, a través del Dictamen N° 24.841, que la Contraloría conocería y se pronunciaría sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieran a asuntos en que se haya

⁵¹ CORDERO VEGA, LUIS. Op. Cit. p. 173.

⁵² CORDERO VEGA, LUIS. Op Cit. P. 173.

⁵³ La Contraloría General de la República, a través de su facultad dictaminadora, ha señalado que éstos son obligatorios, incluso su incumplimiento acarrea las responsabilidades administrativas respectivas y un procedimiento disciplinario, así lo establece por ejemplo el Dictamen N° 64.573 de 13 de agosto de 2015. Este obligó a una entidad municipal a cumplir con la obligación legal de mantener recintos especiales en donde sean trasladados aquellos vehículos que tienen que ser retirados de circulación, y en tal sentido adoptar las medidas de fiscalización necesarias a fin de que en el ejercicio de la aludida función no se vulnere el derecho de propiedad de los dueños de los automóviles. La municipalidad no dio cumplimiento al Dictamen anterior N° 6.513 del año 2015.

producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado.

Es esencial el dictamen citado precedentemente, puesto que es la antesala del rol que cumple la Contraloría actualmente. Los alcances de los dictámenes no sólo afectan a los servicios públicos, sino también a los particulares que recurrieron al órgano contralor, estableciendo interpretaciones que no sólo van en el derecho objetivo establecido en su ley orgánica. Soluciona conflictos que pertenecen a una pretensión del derecho subjetivo, es decir conflictos de carácter litigioso sometidos al conocimiento del ente fiscalizador.

La Contraloría en concordancia con sentencias del Tribunal Constitucional⁵⁴, ha aumentado el campo de aplicación de la potestad dictaminadora, en miras del control de legalidad exclusivo y excluyente que realiza el ente fiscalizador. Esto es de vital importancia, ya que el alcance de los dictámenes no sólo será interpretar una norma administrativa, también lo hará en razón de la naturaleza fiscalizadora, y en consecuencia, su campo de aplicación estará en materias no reguladas por el derecho positivo.

Algo muy particular ocurre con las sentencias del Tribunal Constitucional y los dictámenes de la Contraloría General de la República, puesto que ambas instituciones consideran a la otra como fuente de derecho, las cuales al argumentar algunas de sus decisiones, citan la fuente interpretadora para decidir de una determinada manera.

Así ocurrió con el dictamen a propósito de un requerimiento presentado por las municipalidades a la Contraloría en relación con la píldora del día después, Dictamen N° 36.758 de 2002. O a través de la contienda de competencia de la Contraloría con el Tribunal Constitucional, este último sostuvo que la legitimidad de dictaminar estaba establecida en los mismos dictámenes emanados de la Contraloría, asumiendo que son fuente de derecho para la aplicación de una sentencia, más allá de lo que dice el derecho objetivo.⁵⁵

⁵⁴ Sentencia rol N° 3283-16-CCO del Tribunal Constitucional. Sentencia rol N° 356 de 2002 del Tribunal Constitucional. Sentencia rol N° 591 de 2006 del Tribunal Constitucional.

⁵⁵ Ver Sentencia rol N° 3283-16-CCO del Tribunal Constitucional.

2.1.3 La interpretación finalista del órgano contralor.

La Contraloría General de la República ha señalado que la interpretación finalista es aquella esencial para determinar los fines que busca el legislador, más aun considerando que aquella interpretación de la ley administrativa, encuadra y dirige la actividad de la administración.⁵⁶

La doctrina la ha definido como, aquella que entiende que para llegar al más correcto de los posibles significados de un precepto, es indispensable considerar, además, y especialmente, el conjunto de medios y fines del sistema del que este es parte.⁵⁷

La Circular N° 70.118 de 1970 de la Contraloría General de la Republica ahonda en la materia, sosteniendo que la existencia de reglas precisas sobre la interpretación de la ley contenidas en el título preliminar del Código Civil, se debe revisar la legitimidad y regularidad de las actuaciones cumplidas por los funcionarios públicos, sin perjuicio de ello, aquello no obsta a ignorar o prescindir de tales reglas de hermenéutica, porque aunque ellas tienen carácter general, en la aplicación de la ley administrativa, surgen problemas peculiares derivados de su propia naturaleza de las materias que trata y del sello dinámico que distingue a la acción administrativa.

Este tipo de norma legal no sólo configura un mandato obligatorio para su eficacia técnica, sino que es un medio para alcanzar finalidades determinadas por el poder público que las aprueba. Si la finalidad establecida por el legislador no es clara en la norma a interpretar, debe recurrirse a otras herramientas para determinar el sentido y alcance, sin ser suficiente el denominado elemento histórico, pues en estas materias, de su proceso de formación, no necesariamente se derivará la finalidad que quiso darle el legislador.

Abunda diciendo que la Contraloría General de la República define los lineamientos interpretativos con los cuales va actuar, diciendo que la norma legal no sólo configura un

⁵⁶ Circular N° 70.118 de 1970 de la Contraloría General de la República de 1970. También ha señalado la Contraloría, que se debe efectuar oportunamente, con criterio finalista, tanto la toma de razón como la emisión dictámenes. No limitar estas acciones a un análisis o examen formal de la legalidad, sino procurar la solución de los problemas y la protección de los grandes valores del ordenamiento jurídico, de acuerdo a la naturaleza fiscalizadora del organismo, Dictamen N° 3258 de 2006.

⁵⁷ ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. En: Anuario de Derecho Público 2012. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 354.

mandato obligatorio para su eficacia técnica, sino que es un medio para alcanzar las finalidades determinadas por el poder público que las aprueba dentro de un sistema que asegura la protección de valores reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico nacional. Por tanto, la ley debe apreciarse como un instrumento para lograr fines previstos por el legislador y nunca como un fin en sí misma.

Con la ruptura del liberalismo⁵⁸, y la nueva concepción de un Estado Social en Francia, cambiaron las reglas de interpretación del derecho público. La Administración del Estado pasó a tener un rol fundamental en los intereses colectivos, por lo cual su jurisprudencia administrativa debía acogerse a la nueva hermenéutica, cambiando así las reglas conceptualistas a una finalista de las normas administrativas.⁵⁹

La interpretación finalista -como dice Pantoja- es la propia de un Estado democrático y social, en que el criterio de fijación del sentido y alcance de las normas jurídicas no estará dado por la formalidad del apego a los textos escritos para impedir posibles excesos del poder, que en definitiva no son sino actuaciones que sobrepasan sólo el marco formal de la legalidad.⁶⁰

La Constitución de 1980 recepciona los criterios finalistas, pues establece el principio de Servicialidad del Estado y el camino hacia el Bien Común. Sin embargo, los hechos, acontecidos desde el año 1973, impidieron la aplicación de esta regla para la implementación del programa político del gobierno autoritario. La Contraloría asumió la técnica conceptualista nuevamente para retornar a criterios más tradiciones, interpretando las normas de manera estricta y formal.⁶¹

⁵⁸ En el Estado liberal el constitucionalismo delimitó los ámbitos de lo público y lo privado, reconociendo el ámbito restrictivo de la potestad frente al campo expansivo de la libertad individual. Para Pantoja, la interpretación conceptualista tradujo ese criterio restrictivo en una observancia estricta a las expresiones proposicionales de que se había valido el legislador para estructurar a la administración y fijar las atribuciones de sus autoridades, el criterio finalista viene a eliminar esta concepción, concentrando la interpretación en pos del Bien Común. PANTOJA BAUZA, ROLANDO. 1996. El derecho administrativo, conceptos, características, sistematización y prospección. Colección Manuales Jurídicos. Chile. P. 246.

⁵⁹ PANTOJA BAUZA, ROLANDO. 1996. Op. cit. P. 248.

⁶⁰ PANTOJA BAUZA, ROLANDO. Op. cit. P. 253.

⁶¹ PANTOJA BAUZA, ROLANDO. Op. cit. P. 247.

Con el retorno a la democracia, el ente contralor volvió a utilizar el finalismo para la interpretación de las normas administrativas.⁶² Criterio que es imperante cuando su sentido y alcance no es claro de dilucidar. Esta técnica hermenéutica es desarrollada por su propia facultad dictaminadora, pese a que existen directrices interpretativas en textos positivos.⁶³

Si bien la interpretación finalista busca salvaguardar los intereses colectivos de quienes se enfrentan al derecho público –lo cual puede ser una noble tarea para algunos- no es menos cierto que tiene el peligro de acentuar ciertas dificultades, tales como la no satisfacción de derechos subjetivos en pos del bien común y del Estado. En el capítulo tercero volveremos a abordar este tema, debido a la contienda de competencia entre la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, en la cual se establece un criterio económico, como argumento respecto a los fines a los cuales está llamado el Estado, no pudiendo otorgar la pretensión para ciertos funcionarios, debido a lo costoso que es para el Fisco solventar tales cantidades.

Esta impresión es dada bajo la premisa de que el ente contralor tenga criterios valóricos preconcebidos al interpretar una norma. Los profesionales que estén a cargo de resolver un conflicto pueden tener concepciones distintas respecto al rol del Estado en la

⁶² Así la Resolución N° 1.202 de la Contraloría General de la República, es ampliamente citada por dictámenes y establece en su numeral 2 que para la función jurídica, se debe efectuar oportunamente, con criterio finalista, tanto la toma de razón como la emisión de dictámenes. No limitar estas acciones a un análisis o examen formal de la legalidad, sino procurar la solución de los problemas y la protección de los grandes valores del ordenamiento jurídico, de acuerdo a la naturaleza fiscalizadora del organismo. Por otro lado, la Resolución Exenta N° 419 de la Contraloría General de la República, dispone que dentro del marco de políticas generales en su numeral 3, que se deben aplicar criterios de interpretación finalista de la legislación, así mismo, en el numeral 2 de políticas específicas para la función jurídica, señala que tanto para la toma de razón como para la emisión de dictámenes se deben efectuar oportunamente con criterio finalista, procurando la solución de problemas y la protección de los grandes valores del ordenamiento jurídico.

⁶³ La contienda de competencia que hubo entre la Contraloría General de la República y el máximo tribunal de justicia se debe a un conflicto de interpretación de leyes. La disputa trata respecto a qué régimen previsional es aplicable a la Dirección General de Funcionarios de Aeronáutica Civil. Así, don Jorge Bermúdez argumentaba que el ente contralor debe cautelar los recursos públicos, por lo que aplicar una interpretación como la que daba la Corte de Apelaciones es causarle un perjuicio económico irreparable al Fisco. Esto tiene estricta relación con la interpretación finalista que realiza el órgano fiscalizador, puesto que la decisión si consideró los bienes del Fisco. En otro sentido, el ministro Sergio Muñoz argumentó que las decisiones jurídicas no pueden decidirse pensando en las consecuencias económicas que éstas pueden tener para el Fisco, citando la “doctrina de gabinete” del derecho francés. CONTIENDA DE COMPETENCIA, H. Senado [en línea] <http://tv.senado.cl/tvsenado/sala-de-sesiones/legislatura-365/sesion-86-especial/2018-03-05/180947.html> [consulta 07 de marzo de 2018].

sociedad. De esta manera puede haber interpretaciones distintas –aplicando el finalismo- para casos que son similares.⁶⁴

Lo anterior se demuestra con jurisprudencia administrativa opuesta que hay para el mismo caso⁶⁵, volviéndose peligroso cuando los precedentes son obligatorios en el sistema dictaminador, intentando aplicar una misma regla jurídica para que las actuaciones administrativas ganen previsibilidad.

En el mismo contexto, al tener concepciones valóricas respecto a cuál es el fin del Estado, con todos los alcances y obligatoriedad de la facultad dictaminadora, la jurisprudencia finalista estará influenciada por concepciones valóricas teniendo el riesgo de caer en un gobierno de la Contraloría quienes emiten dictámenes en zonas donde no existe texto positivo.

2.2 Defectos en cuanto al procedimiento.

Como se ha visto, la facultad dictaminadora se ha instaurado como una práctica jurídica no reglada –al menos en detalle- en un texto positivo. Ello conlleva a que su

⁶⁴ Pantoja es de esta idea, sostiene que bajo el espíritu de resguardar los intereses públicos implicados en la acción prestacional del Estado, que en oportunidades se invocan con criterios fiscalistas más que finalistas, puede estar vedado por una interpretación valorativa basada en los principios sustanciales que respecto a la posición del hombre, de la sociedad y del Estado ha modelado el pensamiento contemporáneo en un conjunto de ideas que recorre el mundo entero desde las páginas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. PANTOJA BAUZA, ROLANDO. 1996. El derecho administrativo, conceptos, características, sistematización y prospección. Colección Manuales Jurídicos. Chile. P. 253.

⁶⁵ Dictamen N° 40.816, en donde señala que no le corresponde a la Contraloría interpretar los efectos de una pena accesoria, cuando un funcionario público accedió a los beneficios de la Ley N° 18.216, habiendo aplicado jurisprudencia previa en caso contrario. Dictamen N° 27.677 donde el ente fiscalizador señala que las sociedades de inversión pasiva no deben estar sujetas a tributación local, pese que hay jurisprudencia anterior que señala lo opuesto, en este pronunciamiento la Corte Suprema a través de Sentencia rol N° 2791 del año 2012, dejó sin efecto el dictamen señalado, puesto que el máximo tribunal había señalado en fallos precedentes sobre la obligatoriedad de las sociedades de inversión pasiva de pagar patentes municipales, señalando que es la jurisprudencia judicial la única que se puede constituir como precedente obligatorio. Dictamen N° 81 446 de 2016 donde procede cobro de derechos de aseo contra Dictamen N° 11.112 no procede cobro de aseo, ambos en los términos del artículo 7 de la Ley N° 3.063. Dictamen N° 68.113 de 2014 contradictorio con el Dictamen N° 58.957 en relación al reintegro de fondo por funcionarios públicos que estudian.

instauración tenga defectos procesales, los cuales no estaban contemplados en la Ley de Procedimiento Administrativo. A continuación analizaremos algunos aspectos de estas deficiencias.

2.2.1 La invalidación de actos administrativos.

La invalidación forma parte de la teoría del acto administrativo y consiste en la facultad o posibilidad de la administración del Estado de dejar sin efecto un acto anterior que adolece de un vicio de ilegalidad, mediante un acto posterior dictado por el mismo órgano administrativo emisor del primero.⁶⁶

El órgano contralor se ha abstenido de invalidar un acto administrativo, pues ha interpretado el artículo 53 de la Ley N°19.880 en el sentido que: corresponde a la misma autoridad administrativa que dictó el acto dejarlo sin efecto, cuando ha sido a petición de parte o por oficio.⁶⁷

Así pues, la potestad invalidatoria tiene como límite que su ejercicio sea realizado por la misma autoridad que emitió el acto administrativo, previa audiencia del interesado y en el plazo de dos años. Luego, la Contraloría General de la República no puede detentar el rol invalidante. En consecuencia, el ente fiscalizador está impedido de ejercer la potestad invalidatoria sobre otros servicios públicos, ni a pretexto del control de legalidad y fiscalizador que realiza.

Sin perjuicio de lo anterior, el órgano fiscalizador ha señalado que, si bien no puede invalidar un acto administrativo⁶⁸, puede ordenar al servicio público a que lo realice –dejarlo

⁶⁶ MILLAR SILVA, JAVIER. La Potestad Invalidatoria en la Jurisprudencia Nacional. Procedencia, alcance y limitaciones. Revista de Derecho Vol. XIV, Universidad de Valdivia, p. 83.

⁶⁷ Dictámenes N° 75.325 de 2010, N° 27.879 de 2008, N° 22.983 de 2010, N° 66.154 de 2009, N° 65.786 de 2009, N° 5.387 de 2009, N° 36.701 de 2008, N° 19.551 de 2008.

⁶⁸ En esta línea, los Dictámenes N° 75.325 de 2010, N° 27.879 de 2008, N° 22.983 de 2010, N° 66.154 de 2009, N° 65.786 de 2009, N° 5.387 de 2009, N° 36.701 de 2008, N° 19.551 de 2008, establecen que la potestad invalidatoria corresponde a la autoridad administrativa que dictó el acto, y no a la Contraloría General de la República. Sin perjuicio de ello, existe una excepción en la cual la Contraloría revisa procesos calificadorios de los funcionarios de Carabineros de Chile, la cual el mismo ente contralor ha dicho que no es una potestad invalidatoria, pese a invalidar decretos, lo anterior se señala en el Dictamen N° 40.657 de 2010.

sin efecto- pese a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.⁶⁹ Así, el Dictamen N° 42.176 de 2015 destaca que la acción invalidatoria es conferida a la misma autoridad que emitió el acto administrativo. Ello no altera la competencia que posee el órgano contralor para pronunciarse respecto a la juricidad de un acto administrativo y, consecuentemente, para informar sobre la obligación de la administración de invalidar aquellos instrumentos contrarios a derecho.⁷⁰

Entonces, la restricción de invalidar un acto administrativo queda supeditada por el control de juricidad de la Contraloría General de la República. ¿Está el servicio obligado a dar cumplimiento de lo dispuesto en un dictamen, respecto a la invalidación de un acto? Los dictámenes, al ser precedentes vinculantes y obligatorios, permiten -al órgano contralor- realizar procedimientos disciplinarios y perseguir responsabilidades administrativas frente al incumplimiento de dictámenes.

Sin embargo, el dictamen en sí no tiene una facultad de pleno derecho de dejar sin efecto un acto administrativo, como si tiene potestad invalidatoria una sentencia firme y ejecutoriada de los Tribunales de Justicia. También carece de un justo procedimiento, ello en cuanto las partes no pueden ser oídas, no hay una defensa efectiva, medios probatorios y una imparcialidad de las cuales gozan los jueces.

Para Urbano Marín el fundamento de la invalidación es la autotutela. Esta se explica por un sistema posicional en que la administración está habilitada como sujeto de derecho para resolver por sí misma sus propias situaciones jurídicas, sin hallarse afecta a la necesidad común a los demás sujetos de recabar la tutela judicial.⁷¹ Para el autor, la

⁶⁹ Sin perjuicio de ello, la Contraloría General de la República ha ordenado a dejar sin efecto el acto administrativo, directamente, como pronunciamiento final a una etapa de prejuzgamiento. Así lo señalan los dictámenes N° 54.068 de 2011 y el Dictamen N° 5137 de 2016, ambos dejado sin efecto por la Corte Suprema, por considerar que el ente fiscalizador no tiene facultades invalidantes sobre otros órganos.

⁷⁰ La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha establecido límites para invalidar un acto administrativo. Así ha sostenido que no se podrán anular actos cuando se hayan adquirido derechos a favor de terceros de buena fe. La estabilidad del acto administrativo debe primar frente a ciertas irregulares. Transcurrido un lapso de tiempo prudencial, la administración no puede ejercer su potestad invalidatoria. La anulación no se puede utilizar para crear un nuevo mecanismo de discusión sobre asuntos que tienen instancias regladas y previas de contrariedad. No se podrá invalidar respecto de vicios irrelevantes, que no afecten lo sustancial del acto. Dictámenes N° 024337 del año 2002, N° 41.817 del año 2000, N° 11.177 del año 1988, N° 46.234 del año 2001, N° 12.704 del año 2004.

⁷¹ MARIN VALLEJO, URBANO. Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado N° 2, año 2000, p. s.p.

Contraloría puede por requerimiento solicitar la invalidación después de haber practicado un nuevo estudio de un decreto o resolución previamente tomado de razón.⁷²

La Corte Suprema ha analizado la potestad invalidante de los dictámenes de la Contraloría General de la República, señalando que para invalidar es importante determinar la repartición de competencia que le corresponde a cada órgano. Así un municipio es parte de la administración activa, mientras que el ente fiscalizador es un es un órgano de control. La invalidación le corresponde a la administración activa realizarla, es aquella la que debe ejecutar el examen de legalidad de sus propios actos. Señala con dureza que el órgano de control actúa ilegalmente al instruir directa y perentoriamente la anulación de un acto específico, invadiendo con ello una potestad privativa del municipio.⁷³

En relación con el párrafo precedente, el tribunal supremo abunda diciendo que la Contraloría habría actuado inconstitucionalmente –en el caso concreto-. El razonar que puede concluir con la invalidación de un acto de un tercero y otorgarle derechos subjetivos, es prescindir que el administrado pueda ser oído en un procedimiento de lato conocimiento, por lo que habría decidido por sí y ante sí, la necesaria invalidación del acto.

En síntesis, el control de legalidad para invalidar un acto administrativo corresponde al mismo servicio administrativo que emitió el acto, no pudiendo la Contraloría, ni a pretexto del control de legalidad que le confiere la Constitución, invalidar u ordenar la invalidación.

Ello es coherente con lo señalado en la sentencia citada de la Corte Suprema, la cual sostiene que lo único que podría instruir la Contraloría es el inicio de un procedimiento invalidatorio –lo que no puede hacer- es: iniciar, tramitar y concluir sobre la invalidación de un acto administrativo emitido por otro servicio.⁷⁴ ¿Inicia, tramita y concluye la Contraloría los procedimientos invalidantes de actos administrativos cuando ordena a dejar sin efecto un pronunciamiento de un servicio público?

⁷²MARIN VALLEJO, URBANO. Op cit. p. s.p.

⁷³ Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 47.610-2016.

⁷⁴ Considerando 4° Sentencia Corte Suprema rol N° 47.610 de 2016

2.2.2 La jerarquía de los dictámenes de la Contraloría.

El Dictamen N° 4.393 de 10 de febrero de 1997 de la Contraloría General de la República, señala que en razón del orden superior constitucional que inviste al ente de control, su jurisprudencia prevalece sobre los criterios que pudieran sustentar otros organismos en las materias comprendidas dentro de su competencia.⁷⁵

La facultad de interpretar las normas administrativas no es exclusiva de la Contraloría General de la República, puesto que la ley encomienda a otros servicios públicos esta gestión jurídica.⁷⁶

Un ejemplo de lo anterior, es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el cual está mandatado por el artículo 4 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Odenanza General, a impartir instrucciones sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en esta norma. Es decir, puede interpretar el alcance de la norma urbana, cuando el mismo no esté claro.

En consecuencia, la jurisprudencia administrativa la pueden emitir distintos órganos, sin embargo ¿la Contraloría General de la República puede ordenar dejar sin efecto el

⁷⁵ Así el Dictamen N° 4393 de 10 de febrero de 2010 de la Contraloría General de la República establece que el artículo 8 de ley 19.345, dispuso que: sin desmedro de las facultades de este ente fiscalizador, corresponderá exclusivamente a la mencionada superintendencia la interpretación de la citada ley, impartir las instrucciones necesarias para su aplicación y fiscalizar la observancia de sus disposiciones. En el texto original de ese precepto, no se mencionaba a la Contraloría, entregándose la competencia a la superintendencia aludida. Posteriormente, se determinó empezar el referido art/8 con las expresiones "sin perjuicio de las facultades de la Contraloría general de la república", dejándose constancia que la mantención del vocablo "exclusivamente", respecto de las facultades de la superintendencia, solo dice relación con "otras instituciones o entidades del sector público, y no con el organismo contralor". Por otra parte, este ente de control posee, según artículos 87 y 88 de la constitución y ley 10.336, competencia exclusiva entre otras materias, para emitir dictámenes relativos a la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que rigen a los servidores públicos y sobre la debida inversión de los fondos del estado.

⁷⁶ Mismo caso ocurre con la Superintendencia de Educación a través de la Ley N° 20.529; La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a través del texto refundido, sistematizado y coordinado de la Ley General de Bancos y del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Hacienda o; la Superintendencia de Valores y Seguros a través del Decreto Ley N° 3.538 del Ministerio de Hacienda.

precedente de otro servicio? ¿Es la potestad dictaminadora una especie de facultad jerárquica de otros servicios?⁷⁷

La respuesta inmediata es que la Contraloría no tiene facultades invalidatorias en contra de pronunciamientos emitidos por los otros servicios públicos, puesto que como se ha señalado, la potestad invalidatoria tiene como límite que su ejercicio sea realizado por la misma autoridad que emitió el acto.

Sin perjuicio de ello, la práctica jurídica ha demostrado que la Contraloría manda a reconsiderar o a dejar sin efecto, aquellas interpretaciones que sean contraproducente con sus criterios.

El ente contralor ha fundado que puede ordenar a dejar sin efecto actos administrativos o incluso intereses particulares, cuando adolecen de un vicio de ilegalidad, pues la autoridad fiscalizadora tiene la facultad, y aun la obligación de reestablecer el imperio de la ley.⁷⁸

Ejemplificaremos lo anterior con el mismo caso del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. A través de distintas circulares de la División de Desarrollo Urbano, la cual está llamada a interpretar la normativa urbana, ha reconsiderado una serie de criterios en razón a lo ordenado por la Contraloría General de la República.

Así, la Circular N° 383 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 2002 ordena a reconsiderar una serie de criterios utilizados por instrucción de la Contraloría General de la República, referente a la rotura y remoción de pavimentos y obras de infraestructura.

Otro caso, es la Circular N° 375 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 2010, la cual hace el alcance de que el Dictamen N° 027256 de fecha 20 de mayo de 2010 de la Contraloría General de la República reconsideró el Dictamen N° 8.630 de 2007, por lo que

⁷⁷ Abundante es la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en cuanto a solicitar al Ministerio de Vivienda y Urbanismo de dejar sin efecto instructivos de la División de Desarrollo Urbano, la cual es la mandatada exclusivamente a conocer de los asuntos de la Ley General de Urbanismo y Construcción. En este aspecto, es interesante la Circular N° 311 de dicha institución pública, en la cual ordena dejar sin efecto o modificar una serie de instructivos por un criterio distinto interpretado por la Contraloría General de la República. En el mismo sentido el Dictamen N° 87.449 de 04 de noviembre de 2015 ordena a dejar sin efecto el Ordinario N° 0397 de 23 de julio de 2014 en un criterio distinto adoptado por el ente fiscalizador, en cuanto a la modificación de deslindes de predios en los que se emplaza un proyecto acogido a conjunto armónico.

⁷⁸ Dictamen 22.804 de 1971 de la Contraloría General de la República, citado de MILLAR SILVA, JAVIER. La Potestad Invalidatoria en la Jurisprudencia Nacional. Procedencia, alcance y limitaciones. Revista de Derecho Vol. XIV, Universidad de Valdivia, p. 85.

ordenó a dejar sin efecto la Circular N° 451 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, respecto a instrumentos de planificación territorial y postergación de permisos y anteproyectos.

Los dos ejemplos anteriores no son excepcionales en la práctica contralora, pronunciamientos como estos podemos mencionar varios: la Circular N° 0283 de 2014 respecto a permisos, aprobaciones y recepciones, subdivisiones y responsabilidades; Circular N° 519 de 2014 sobre torres de soporte de antenas y sistemas radiantes; Circular N° 237 de 2009 sobre responsabilidades de la Secretaria Regional Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Circular N° 263 de 2010, respecto al distanciamiento de locales y expendio y consumo de bebidas alcohólicas a establecimientos que se indican; Circular N° 249 de 2015, en la cual se transcribe literalmente un dictamen del ente fiscalizador, se interpreta el artículo 143 de la LGUC sobre facultades y responsabilidades de profesionales competentes y del inspector de obras; Circular N° 84 de 2016 sobre las multas contempladas en el artículo 133 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; Circular N° 97 de 2016 sobre planificación urbana, modificación al plan regulador comunal interpretando el artículo 50 de la LGUC; Circular N° 243 de 2017 sobre la arquitectura e instrumentos de planificación territorial y uso de suelo; Circular N° 303 de 2015, en la cual bajo la modificación del artículo 67 de la LGUC, se debe interpretar de manera distinta las autorizaciones de modificación y rectificación de deslindes.

Todos los casos anteriores, son actos administrativos emitidos por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de su División de Desarrollo Urbano. En ellos, las circulares ordenan a dejar sin efecto distintos actos administrativos elaborados por el mismo órgano, por orden de la Contraloría General de la República o a reconsiderar las interpretaciones efectuadas anteriormente, con el argumento que el ente fiscalizador cambió su jurisprudencia en la materia o tiene criterios diferentes.

Cuando la Contraloría tiene una interpretación distinta en la normativa administrativa a la de un servicio público que legítimamente por ley está investido para realizar un pronunciamiento – el caso del Ministerio de Vivienda y Urbanismo- prevalece el dictamen del ente contralor por sobre el del servicio público, ordenando de esta manera dejar sin efecto el acto administrativo que dio lugar a la interpretación⁷⁹

⁷⁹ Dictamen N° 18.447 de 2004 el cual señala que: se concluye que sin perjuicio que el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones faculte a la División de Desarrollo Urbano para impartir instrucciones destinadas a aplicar dicha ley y su ordenanza general, aquella

Preocupación especial que merece ser analizada, es el recurso de reconsideración interpuesto ante la Contraloría General de la República. Pues, un particular puede impulsar el conocimiento de un asunto al ente fiscalizador, cuando una instrucción de un servicio público le ha causado un agravio.

Bajo lo precedente, la Contraloría General de la República puede instruir dejar sin efecto un acto administrativo, bajo el pretexto de reconsiderar el criterio del servicio, es decir, interpretando de una forma distinta lo establecido en la normativa administrativa, tal y como expusimos en los ejemplos del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, las cuales, en su oportunidad, fueron por reconsideraciones solicitadas por particulares ante el órgano de control.

Una primera crítica a mencionar, es respecto a las facultades que otorgan las leyes especiales a órganos que son expertos en determinadas materias. Así, la Ley General de Urbanismo y Construcciones mandata al Ministerio de Vivienda y Urbanismo a realizar instructivos en materias urbanas por la especialidad que tiene en el asunto, cuestión que no extiende la norma especial a la Contraloría General de la República, la cual, a través de su ley orgánica, la mandata a conocer ciertos asuntos, tales como: derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, y temas relacionados con el Estatuto Administrativo, pero nada dice en relación con temas de materias urbanísticas.

Por tanto, el ente contralor se irroga esta facultad de reconsiderar e interpretar con un alcance distinto a otros servicios e instruir a dejar sin efecto actos administrativos que interpretan la norma administrativa, pese a que las leyes especiales consideran a otras instituciones para esta tarea. La ley orgánica del ente contralor le atribuye competencias específicas para instruir a otros servicios, según lo dispuesto en su artículo 6°.

En este sentido la Corte de Apelaciones ha sostenido que el control de legalidad de los actos que realiza la Contraloría es meramente formal, sin que se estime pertinente que, ejerciendo dicho control, pueda revisar la jerarquización de los fines de las normas y procedimientos sometidos a su dictamen, pues dicha tarea es propia del legislador y de la misma administración, en el ejercicio de sus funciones de gobierno, pero a través de las entidades especializadas en cada área del quehacer público. En último término, frente a

contenida en su Ord. N° 51, de 2003, adolece de ilegalidad que obliga jurídicamente a disponer su invalidación, ello según la interpretación adoptada por el ente fiscalizador sobre la materia.

posiciones discordantes entre partes, son los tribunales de la República los llamados naturalmente a intervenir.

Continúa el tribunal de alzada que no es sensato pensar que el órgano contralor pueda entrar a calificar la legalidad de fondo de todos los asuntos que pasan por su revisión, pues ello lo transformaría en un supra organismo que vendrá a tener siempre la última decisión sobre cualquier materia. Ello no puede ser así, ya que la ley ha creado, en los diversos sectores de quehacer nacional, instituciones con específicas funciones y atribuciones en relación con cada ámbito, a fin de cumplir con determinadas labores o tareas que son especializadas para cada uno.⁸⁰

Incluso el legislador previó un caso al establecer expresamente que las interpretaciones y decisiones técnicas del Ministerio de Obras Públicas, tienen preeminencia por sobre las que pudiera realizar la Contraloría General de la República.

Es el caso del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964 del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960 del Ministerio de Obras Públicas, en su artículo 82 señala que en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 2 de la Ley N° 10.336 –referente a la orgánica de la Contraloría General de la República- se crea la División de la Vivienda y Urbanismo y Obras Públicas y Transportes, a través de la cual el

⁸⁰ Sentencia Corte de Apelaciones N° 8.344 del año 2005. Ahonda la resolución del tribunal de alzada en lo siguiente: Que un parecer contrario al expresado conduciría a un estado de incerteza jurídica, puesto que siempre existiría la posibilidad de que, frente a determinada actuación de cualquier instituto de la administración del Estado, cualquier persona que se sintiere afectada, podría recurrir a la Contraloría General de la República, la que tendría la última palabra en todos los casos en que interviniera, como ya se adelantó, y por razones sustantivas, de tal suerte que los particulares nunca tendrían la posibilidad de concretar asuntos o negocios cuya autorización dependa de alguna autoridad, en tanto dicha entidad de control no se pronunciará sobre cada asunto; (...) Que, lo anteriormente indicado, además, se llevaría a cabo mediante la utilización de procedimientos, por parte de la entidad recurrida, que no se avienen con la correcta defensa de los intereses que cada uno de los involucrados en el asunto pueda llevar a cabo. En este sentido, se advierte que la actividad fiscalizadora que ha llevado a cabo la Contraloría en el caso que se analiza, viene a constituir una suerte de sustituto de la actividad jurisdiccional, sede esta última en la que naturalmente se deben resolver conflictos entre partes.

Aceptar el criterio que esta Corte rechaza importaría que la normativa de fondo y los procedimientos pertinentes quedarían expuestos a una constante relativización, lo cual resulta incompatible con una actividad regulatoria, ya que la existencia de tales procedimientos garantiza que las decisiones de la autoridad se adopten con la transparencia y publicidad que requieren las actuaciones administrativas, particularmente cuando, como en el presente caso, han de tener impacto económico. En suma, este Tribunal no comparte la tesis finalista, en virtud de la cual el órgano contralor de la República ha emitido un juicio sobre el fondo del asunto, puesto que, reconociendo que tiene facultades para pronunciarse sobre consultas de particulares, no puede realizar una acción invasiva de las atribuciones de otros órganos de la administración del Estado.

ente contralor ejercerá las atribuciones que le correspondan con respecto del Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y de las Direcciones y Organismos dependientes de dichos Ministerios.

Es interesante analizar esta ley en torno a las atribuciones que el legislador le otorgó a la Contraloría, relacionada con los ministerios individualizados por esta norma. Así a la Contraloría el artículo 6° de la mencionada norma, sostiene que al ente contralor, le corresponde realizar un informe previo favorable respecto a las normas de adquisiciones, inventarios y control de bienes del Subsecretario de Obras Públicas. El artículo 14 señala que previa autorización del ente fiscalizador, el Director de Obras detallará los fondos presupuestarios y el cumplimiento que se realizó de éstos y la apertura de otras cuentas bancarias. El artículo 21 dice relación con la rendición de cuentas de los fondos invertidos por el Ministerio de Obras Públicas. El artículo 79 conversa sobre la rendición de cuenta documentada de los pagos de cualquier tipo a la Contraloría realizada por el Director General de Obras Públicas. El artículo 111 establece que los decretos y resoluciones que con arreglo a esta ley se dicten por el Ministerio de Obras Públicas, el Director General, los Directores, el Fiscal, estarán sujetos al trámite de la toma de razón de la Contraloría General de la República.

La norma analizada es evidente en enumerar las atribuciones que tiene el órgano de contralor sobre los servicios que señala, puesto que no hace otra que expresar las facultades señaladas por la misma Constitución a la Contraloría General de la República, es decir, ser custodia de los ingresos e inversión de los fondos del Fisco, llevar la contabilidad de estos organismos y efectuar el trámite de toma de razón.

Sin perjuicio de ello limitó expresamente el rol interpretador de la Contraloría General de la República, en su artículo 111 inciso quinto, se establece que, en materias de carácter técnico, en que los decretos o resoluciones den lugar a interpretaciones contradictorias entre la Contraloría General de la República y la Dirección General de Obras Públicas, primará la resolución del Ministerio de Obras Públicas con informe favorable del Director General de Obras Públicas.

Lo anterior es sentenciador, el mismo legislador en este caso concreto limitó la facultad interpretadora de las normas administrativas de la Contraloría General de la República y otorgó esta facultad al órgano técnico para resolver el asunto, al servicio que por ley especial le corresponde la interpretación de este tipo de asuntos.

Una cuestión final que queremos analizar en este punto, es respecto al recurso de reclamación. El legislador estableció expresamente que el agraviado por un acto de la administración puede reclamar ante la Corte de Apelaciones para que deje sin efecto un pronunciamiento. Es decir, corresponde el control de legalidad al Poder Judicial a través del recurso comentado.

El caso de las superintendencias, las cuales tienen facultades especiales para interpretar normativa especial, establecen el recurso de reclamación como opción al administrado para dejar sin efecto un acto administrativo. De esta manera el artículo 113 del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 1.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469 del Ministerio de Salud, establece que el administrado puede realizar una reclamación ante la Corte de Apelaciones ante resoluciones e instrucciones.⁸¹

En conclusión, a nuestro juicio, los dictámenes interpretativos de la Contraloría General de la República no gozan de jerarquía sobre otras interpretaciones de servicios públicos especializados. Como hemos señalado, el legislador estableció expresamente en leyes técnicas, cuál es el servicio competente para llevar a cabo su interpretación.

Por otro lado, el pensar que los dictámenes del ente fiscalizador tienen preminencia por sobre otras interpretaciones, facultaría al órgano contralor a dejar sin efecto, u ordenar a que el servicio invalide, actos administrativos interpretadores de la normativa, lo cual, como se ha visto, sería contrario a la potestad invalidatoria, pero que obtusamente en la práctica jurídica, el órgano contralor ha dado inicio, tramitación y conclusión de procedimientos invalidatorios.

Finalmente, en el diseño de nuestro procedimiento administrativo, el legislador prevé el recurso de reclamación cuando el administrado sea agraviado por la interpretación que se realizó de la normativa administrativa. Ello, faculta a la Corte de Apelaciones a tomar conocimiento del proceso, y en su caso, a invalidar el acto administrativo.

⁸¹ Así la Ley N° 20.529 en su artículo 85, contempla que los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia de Educación no se ajustan a la normativa educacional, podrán reclamar ante la Corte de Apelaciones. Del mismo modo, el artículo 84 numeral 8 del Decreto con Fuerza de Ley 3500, establece que, contra las resoluciones de la Superintendencia de Pensiones, se podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones. La normativa de las superintendencias, establecen en sus leyes un procedimiento de reclamación ante la Corte de Apelaciones para la impugnación de un acto administrativo que haya emanado de alguno de estos servicios.

2.2.3 Inimpugnabilidad administrativa de la facultad dictaminadora.

El artículo 8° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República señala que las resoluciones definitivas dentro de la competencia del Contralor no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad. Este precepto se debe entender dentro del procedimiento administrativo, puesto que como se verá en el siguiente capítulo, los dictámenes pueden impugnarse por vía judicial, a través de la acción de protección o la nulidad de derecho público.

Lo expresado anteriormente, Bordalí y Ferrada lo explican como la doctrina de la plena inimpugnabilidad de los actos del Contralor⁸², lo cual es cuestionable si analizamos las amplias facultades otorgadas por la Constitución para el control de legalidad y juricidad de los actos administrativos y la autorregulación de la potestad dictaminadora.

Sin perjuicio de que los actos del ente contralor son inimpugnables frente a otros órganos administrativos, la misma jurisprudencia dictaminal ha creado un procedimiento o sistema de recursos, para que la Contraloría pueda conocer por segunda vez de los actos que emitió.

De esta manera, el Dictamen N° 27.910 de 1998 se ha constituido como una piedra angular para otras decisiones emanadas de la Contraloría. Dicho dictamen sostiene que, en las medidas adoptadas por incidir en un asunto de carácter litigioso, en éstas sólo proceden los recursos de reconsideración y reclamación. Así, la facultad dictaminadora confundió la reposición administrativa con la reconsideración para la impugnación de un acto emitido por el mismo ente contralor.⁸³

⁸² BORDALÍ SALAMANCA, ANDRES y FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS. 2009. Estudios de justicia administrativa. Chile. Legal Publishing. P. 35.

⁸³En este punto el Profesor José Luis Lara Arroyo sostiene que se ha establecido que no procede el recurso de reposición ante las Contralorías Regionales, puesto que actúan bajo potestades que le han sido expresamente delegadas. LARA ARROYO, JOSE LUIS. 2015. En: Repertorio de Ley de Procedimiento Administrativo, Tomo II, 2ª ed. Chile. Editorial Thomson Reuters p. 1145. No comparto la idea del Profesor Lara, puesto que el recurso de reposición se interpone ante el mismo órgano que resolvió o decretó el acto administrativo. Sin embargo, es cierto que la única opción de que la misma Contraloría vuelva a revisar el dictamen emitido, es a través de un recurso de reconsideración.

Analizado este punto, la falta de fundamento constitucional o la excesiva extensión que se atribuye la potestad dictaminadora, no son los únicos defectos esgrimibles de nuestra institucionalidad. Constantemente las decisiones de la Contraloría inciden en campos donde la ley no da respuestas, por lo que el órgano de control debiese tener un control judicial en sus actuaciones. En consecuencia, cabe preguntarse ¿quién controla a la Contraloría?

Como veremos en el capítulo sucesor, la Contraloría constituye una última instancia administrativa, es autónomo al control de otro órgano administrativo. Sólo –y con limitantes– se somete al control judicial a través de la impugnación de sus recursos.

El derecho administrativo francés contiene un procedimiento que contempla recursos administrativos y una jurisdicción administrativa compuesta por tribunales especializados y que se somete a las decisiones y jurisprudencia del Consejo De Estado (*Conseil d'Etat*).

La doctrina administrativa francesa, está dividida en cuanto a la finalidad del procedimiento administrativo. Por un lado, se sostiene que estos son inoperantes, puesto que no pueden ser una vía de resolución de conflictos previa jurisdicción contenciosa. En otro sentido, la doctrina ha señalado que el régimen de recursos es un mecanismo de control corrector y de auto control interno de las instituciones públicas.⁸⁴

Sin perjuicio de ello, citamos al derecho francés, en el caso que las medidas impugnatorias quedan sometidas a la intervención de la jurisdicción administrativa, la cual es la única investida para realizar invalidaciones en contra de las decisiones de instituciones públicas.

El derecho francés nos orienta en cuanto a la inimpugnabilidad administrativa de las decisiones de la Contraloría General de la República. El control de legalidad de los actos de la administración, quedan supeditados a la jurisdicción administrativa y no a un órgano administrativo autónomo. Es por ello, que el ente fiscalizador chileno, no puede constituir una especie de última instancia administrativa, pues los recursos administrativos se agotan ante la misma institución de la cual emanó el acto, y no por un órgano externo, a menos que sea una jurisdicción contenciosa administrativa, que, en nuestro caso, se materializa a través del recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público.

⁸⁴CANALS AMETLLER, DOLORS. Los Recursos Administrativos en Francia: de lo contencioso a lo gubernativo. Xi Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo, las vías administrativas modelos comparados, año 2016, p. 8.

2.3 Falta de legitimidad en el ejercicio dictaminador.

La falta de fundamentación constitucional de la cual prescinde la potestad dictaminadora fija a la Contraloría –con esta facultad en específico- como un órgano que carece de legitimidad para ejecutarlo.

Así, la Constitución es la fuente de legitimidad del Estado otorgando funciones de especial relevancia para órganos que son especialmente autónomos, que en palabras de Zuñiga Urbina deben estar en armonía con la *democracia constitucional*, puesto que son instituciones custodias o guardas de un orden político-institucional⁸⁵, por lo que sus funciones deben estar descritas específicamente en la carta fundamental.⁸⁶

En esa línea, Atria denomina esto como un defecto de la legitimación material de las instituciones –pare ser justos también hace esta crítica en relación con el Poder Judicial- señala el autor que los órganos autónomos constitucionales tienen facultades que se van perdiendo del tronco democrático popular, es decir, su legitimación se extravió de la soberanía popular⁸⁷.

Esta falta de legitimidad es un problema, en general, de los órganos autónomos, los cuales no son jerárquicamente dependiente de ningún otro poder del Estado. Por tanto, sus decisiones no están sometidas a un control ni a responsabilidad administrativa por una institución externa a ellos. Los responsables de estas instituciones son elegidos por otros

⁸⁵ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. 2013. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contra mayoritarias a propósitos de las Aporías de la Democracia Constitucional, Revista Ius et Praxis 2: 240.

⁸⁶ La lógica de los órganos que son autónomos constitucionalmente es que su función y decisiones no dependen de ningún poder del Estado, lo cual Francisco Zuñiga lo denomina como un "autogobierno", lo que en el caso del Banco Central o la Contraloría General de la República, establecen una autorregulación a través de resoluciones y normativa interna, la cual no se somete ni al Presidente de la República ni a un Poder Judicial, de acá nace la pregunta ¿Quién controla a la Contraloría? Ello reviste especial importancia tras el principio que todos los actos de los órganos de la administración están sujetos al control judicial. Por tanto, existe un déficit en el control y responsabilidad de los órganos autónomos constitucionales, en el cual sus jefes son nombrados por otros Poderes del Estado, lo cual reviste una falta de legitimidad material y democrática recayendo en un defecto en la lógica de las mayorías y minorías. ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Op. Cit. P. 241 y 243.

⁸⁷ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Op. Cit. P. 25.

poderes del Estado, morigerando la falta de legitimidad democrática⁸⁸ en sus decisiones y prescinden de asegurar un equilibrio político institucional en las lógicas de las mayorías y minorías. Así, la facultad dictaminadora puede traicionar a la soberanía popular.⁸⁹

Ahora bien, el problema de la legitimidad de la potestad dictaminadora no sólo es por la prescindencia positiva de su facultad en la Carta Fundamental, ni tampoco por la naturaleza de institución autónoma que le otorga la Constitución. El ejercicio dictaminador no sólo cumple funciones de segunda revisión de legalidad⁹⁰, sino también resuelve aspectos de juricidad. En esa función decide asuntos contenciosos que han sido extendidos a los particulares⁹¹, de esta manera suple la falencia de nuestro sistema de contar con tribunales administrativos.

Por consiguiente, el ejercicio dictaminador se disfraza de jurisdicción para decidir asuntos que son propios de un órgano dependiente del Poder Judicial, esto por las falencias que presenta nuestra institucionalidad.⁹² En este aspecto, la Contraloría está cumpliendo roles que son perteneciente exclusivamente a los tribunales de justicia, alejándose de la naturaleza propia de dictaminar –que es interpretar normas administrativa para los servicios

⁸⁸Ferrajoli lo establece como la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos consistente en el hecho de que las decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por los mismos destinatarios, o más exactamente, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la voluntad y de la soberanía popular. Lo que llama formal o procedimental a esta noción de democracia. FERRAJOLI, LUIGI. 2003. En: Pasado y Futuro del Estado de Derecho, España, Trotta.

⁸⁹ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Op. Cit. P. 25.

⁹⁰ Zuñiga dice que la Potestad Dictaminadora constituye un control de legalidad de segundo nivel, amparado en una facultad residual emanada de la Ley Orgánica Constitucional y que tendría menor fuerza que las facultades constitucionales.

⁹¹ En 1974 cuando el ex Contralor Humeres introdujo a través de la misma potestad dictaminadora que la Contraloría General de la República sólo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares, que se refieran a asuntos a en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado. Dictamen N° 24.841 de 1974.

⁹² Esto Atria lo presenta como un problema, puesto que, en el derecho, los diseños institucionales muchas veces confunden su competencia, en la cual se va perdiendo la legitimidad material y democrática. Que el sistema funcione no quiere decir que esté correcto. Es el caso de la Contraloría General de la República, la cual puede hacer un trabajo noble como suplente de los tribunales contenciosos administrativos, pero eso no puede ser pretexto de que el diseño institucional sea el correcto. ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. 2016. En: La Forma del Derecho. Santiago. Marcial Pons. Pp. 166.

públicas acotadas a ciertas materias- y extendiéndola a resolver asuntos de carácter contencioso.⁹³

La fuente de legitimación de la jurisdicción es su principio de sujeción a las leyes, en la cual el juez no puede escapar de la esfera de lo que ella dispone, sin embargo –como se ha ido demostrando en este trabajo- la potestad dictaminadora es fuente creadora de derecho, genera materias propias de textos positivos, por lo cual no está sujeta a las leyes como en el caso de los jueces⁹⁴, sometiéndose a su propia autorregulación.

III. LA JUDIALIZACION DE LA POTESTAD DICTAMINADORA.

En el capítulo anterior se ha expuesto sobre el principio de inimpugnabilidad administrativa que ostenta la facultad dictaminadora de la Contraloría General de la República, puesto que el procedimiento administrativo se agota en las decisiones del ente fiscalizador.

Como cuestión preliminar a abordar en este capítulo se debe hacer mención a los recursos impugnatorios que se interponen ante el mismo órgano contralor, esto con la intención de no causar confusiones sobre la irrecurribilidad administrativa de su jurisprudencia.

En efecto, la facultad dictaminadora ha desarrollado el principio de inexcusabilidad, ello consiste en que un acto administrativo que contenga una ilegalidad y sea presentado al conocimiento del ente contralor, éste no podría excusarse de realizar un pronunciamiento sobre sus vicios,⁹⁵ justificándose en el control de legalidad que la Constitución le confiere.

Consecuencia inmediata de lo anterior, es el desarrollo de una serie de recursos administrativos innominados que se presentan ante la Contraloría –y por consiguiente deben ser resueltos- pero no encuentran una acogida expresa en la Ley de Procedimiento

⁹³Como advertencia, no confundimos el rol jurisdiccional con la función dictaminadora. La Constitución entrega atribuciones jurisdiccionales a la Contraloría, pero especificada para ciertas materias. Los juicios de cuenta que lleva el ente contralor es un tema distinto a lo que se ha querido demostrar en esta AFET.

⁹⁴ PALLAVICINI MAGNERE, JULIO. 2002. La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Santiago, Contraloría General de la República. Página 227.

⁹⁵ Dictamen N° 13.923 de 2004.

Administrativo, o se desvirtúan en su función. Entre ellos podemos mencionar el recurso de ilegalidad, aclaración, revisión, reposición y reconsideración.⁹⁶

Por tanto, el administrado puede interponer un recurso ante la Contraloría cuando un dictamen emitido por ella tiene vicios de ilegalidad, no obstante, es el mismo órgano de control quien decidirá la cuestión de fondo. Esto se traduce en la práctica que la invalidación de un dictamen se realizará por otro posterior a solicitud de un ciudadano.

De esta forma, los recursos innominados desarrollados por el principio de inexcusabilidad no afectan a la inimpugnabilidad de la potestad dictaminadora, puesto que es el mismo ente contralor el que revisa los aspectos de ilegalidad de sus mismos actos administrativos prescindiendo de una instancia revisora superior.

Precisado lo anterior, el administrado al agotar la instancia administrativa en la misma Contraloría General de la República, para la impugnación de un dictamen, debe solicitar la intervención del Poder Judicial para dejar sin efecto la decisión contralora.

En tal sentido, las vías de impugnación judicial se realizan a través de la nulidad de derecho público o por la interposición de un recurso de protección, con la finalidad de invalidar un dictamen emanado de la Contraloría General de la República. A continuación, se analizarán estas medidas judiciales.

⁹⁶ Aclarar que muchos de estos recursos están descritos en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de ello, se desvirtúan en cuanto a su funcionalidad y el fin que previó el legislador.

3.1 Impugnación de dictámenes por vía de Recurso de Protección.

El recurso de protección es la vía judicial más utilizada para la impugnación de un dictamen. Su naturaleza de inmediatez permite que el Poder Judicial tome una decisión rápida cuando un asunto es sometido a su conocimiento.⁹⁷

En consecuencia, la cautelar constitucional ha sustituido otras vías procesales para cambiar las decisiones del ente contralor, a lo cual Zuñiga ha denominado como *elefantiasis* del recurso de protección.⁹⁸

Autores como Pierry, han sostenido que existe un abuso de la utilización de la acción de protección, incluso han ocasionado un debilitamiento en las decisiones de la Contraloría General de la República, al acogerse indiscriminadamente en contra de sus dictámenes.⁹⁹

En ese contexto, se puede decir que hay un consenso en la doctrina administrativista sobre las deficiencias del recurso de protección como medio impugnatorio contra las decisiones de la administración¹⁰⁰, entre ellos podemos mencionar los siguientes:

En primer término, Pierry sostiene que los actos de los órganos de la Administración del Estado se presumen legítimos mientras un tribunal no proceda a su anulación, en consecuencia, no puede entender que no se encuentre vigente el imperio del Derecho, lo que es contradictorio con la interposición de un recurso de protección.¹⁰¹

En segundo lugar, Zuñiga Urbina denomina a la Acción de Protección como un *sucedáneo anómalo* de otras medidas procesales –lo cual es consecuencia de la prescindencia de tribunales contenciosos administrativo- ello ocasiona que hayan

⁹⁷ Las materias de la cual se encarga la Acción de Protección, como dice Gómez Bernales son *infinitas*, lo cual los atropellos de la administración se corrigen por este medio, puesto que es la solución más expedita y rápida. GOMEZ BERNALES, GASTÓN. "Derechos Fundamentales y Recurso de Protección", Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005, pp. 57-58.

⁹⁸ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. 2015. A propósito de la "agonía" o "muerte" del recurso de protección ambiental. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 7 Universidad de Chile. p 19.

⁹⁹ PIERRY ARRAU, PEDRO. Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX, la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, Imprenta de la Contraloría General. Santiago, 2002, p. 361.

¹⁰⁰ La mayoría de los autores están de acuerdo en decir que es una deficiencia del sistema a falta de los Tribunales Contenciosos Administrativos. En estos argumentos podemos ver las opiniones de Pierry, Urbano Marín, Francisco Zuñiga entre otros.

¹⁰¹ PIERRY ARRAU, PEDRO. El recurso de Protección y lo Contencioso Administrativo. Universidad de Chile, p. 158.

deficiencias dentro del proceso: es unilateral, breve, sumario y sólo protege derechos fundamentales.¹⁰²

El tercer argumento lo señala la Corte Suprema. A finales de la década del 80 y principios de los 90, la jurisprudencia señaló que el artículo 20 de la Constitución es claro para incluir como tal, a todo aquel que sea autor de un acto u omisión ilegal y arbitrario que provoque amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de sus derechos (...) a lo cual no excluye al Organismo Contralor; no debe existir dudas en cuanto a que puede ser sujeto pasivo de este recurso.¹⁰³ También expresó en ese tiempo que la Contraloría emite los dictámenes de acuerdo a sus facultades, atribuciones y obligaciones, por lo que su acto no puede considerarse arbitrario e ilegal, pero su contenido puede serlo y al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, sin que ella se irrogue la competencia exclusiva de la Contraloría General de la República¹⁰⁴

Sin embargo, la jurisprudencia ha cambiado dicha posición entregando el tercer argumento de por qué el recurso de protección no es el más idóneo para la impugnación de un dictamen. Señala que ciertos casos que se someten a su conocimiento por vía de la acción de protección deben ser ventilados en juicios de lato conocimiento, de esta forma ha señalado: que el recurrido actuó bajo su propia facultad fiscalizadora que la regulación reglamentaria suele prever para la autoridad en situaciones como las que se esgrimen (...), lo cual no es propio de ventilar el asunto en esta sede cautelar, sino en una de lato conocimiento, en la que puedan esgrimirse y presentarse las argumentaciones y pruebas que el caso amerite, todo lo cual conduce, ciertamente a rechazar el recurso intentado.¹⁰⁵

Lo anterior, la Contraloría General de la República lo ha ratificado a través de sus dictámenes y ha sido la estrategia procesal utilizada cuando la corte respectiva la oficia para que informe sobre los derechos vulnerados deducidos por la acción de protección, agregando que ésta no puede tener en ningún caso por objeto la declaración o constitución de derechos, en atención a la naturaleza misma de la institución protectiva.¹⁰⁶

¹⁰² ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las "cuestiones políticas. Revista *Ius et Praxis* N° 2. 2014, p. 273.

¹⁰³ Corte de Apelaciones, 13.09.1989.

¹⁰⁴ Sentencia Corte de Apelaciones rol N° 427 de 1988 citada por Enrique Navarro Beltrán, *Jurisprudencia Constitucional en materia de control de legalidad*.

¹⁰⁵ Sentencia Corte Suprema, rol N° 11.987 de 2011.

¹⁰⁶ Dictámenes N° 37797 de 2010 y N° 47532 de 2005.

Zuñiga Urbina sólo confiere un argumento a favor de la acción de protección, esgrime que es un control judicial a los órganos autónomos que toman decisiones facultativas, lo cual representa un límite a las *inmunidades de poder*, como respuesta del Poder Judicial a una acción de la administración, todo ello como consecuencia a la falta de tribunales contenciosos administrativo que se especialicen en la materia¹⁰⁷

A su turno, queremos ocuparnos de un tema central de este trabajo. Como hemos mencionado, la potestad dictaminadora dentro de la extralimitación de sus facultades declara o constituye derechos a particulares, haciendo uso de atribuciones jurisdiccionales.

Ello importa en la relación que hay en entre el rol dictaminador y la sede de protección, puesto que una de las críticas de la doctrina y la jurisprudencia es que la acción constitucional se ocupa de temas que son técnicos y que por tanto deben ser conocido en un juicio lato conocimiento.¹⁰⁸ A su vez, el artículo 6 inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece que el ente fiscalizador no podrá intervenir ni informar los asuntos que por su naturaleza sean propiamente litigiosos.

El párrafo precedente es importante para entender la contradicción que existe frente la jurisprudencia y la misma ley orgánica del órgano fiscalizador, ya que el artículo que lo inviste para dictaminar establece como limitante los asuntos que son propiamente litigiosos. En este aspecto, ciertas peticiones que se realizan a la Contraloría es para que dirima posiciones opuestas, formándose una *litis*¹⁰⁹, y el ente fiscalizador resuelve para constituir o declarar derechos para una de las partes, es decir, cuestiones que son de naturaleza litigiosa y propia del Poder Judicial.

En este sentido Soto Kloss afirma que no hay que ser un genio para advertir de inmediato que estos asuntos en que alguien reclama ante un acto administrativo municipal de una dirección de obras o de un Seremi Minvu en un procedimiento urbanístico, significa y configura, de suyo, una contienda, una disputa una controversia, que opone al reclamante ciertamente a la autoridad administrativa, pero también al interesado beneficiario de pretendidos derechos, pero obviamente una contienda de derechos, y ello es nuestro

¹⁰⁷ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Op. cit, p. 307.

¹⁰⁸ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las cuestiones técnicas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, vol. 14, número 2,2007, p. 132 y 133.

¹⁰⁹ SOTO KLOSS, EDUARDO. Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile. Sentencias destacadas, 2006, p. 139.

régimen republicano y conforme a nuestra Constitución, asunto exquisitamente judicial, propio a los tribunales de justicia, y jamás de un órgano como lo es la Contraloría General de la República.¹¹⁰

La anterior cita resulta relevante por dos razones: primeramente, la jurisprudencia de la acción de protección –sin quererlo y bajo otro objetivo- confirma la idea de la extralimitación de la potestad dictaminadora a la falta de tribunales contenciosos administrativos; consecuentemente, al vulnerar su Ley Orgánica, la potestad dictaminadora es ilegal y por tanto contraria a derecho; ¿no es la acción de protección cautelar de los actos arbitrarios e ilegales?

3.2 La Nulidad de Derecho Público y la Función Dictaminadora.

Es el control externo jurídico por excelencia de los actos de la administración del Estado, el cual es de tipo contencioso administrativo, pues es una acción que puede interponer un particular – o un Servicio Público- ante un juez para que éste declare la ilegalidad de una decisión administrativa.

Como se ha prevenido en el apartado anterior, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones y Suprema ha cambiado su criterio resolutorio de los recursos de protección, estableciendo que los asuntos que fueron decididos bajo un dictamen por la Contraloría General de la República deben ser conocidos por procedimientos de lato conocimiento, lo cual apunta directamente a la Acción de Nulidad de Derecho Público.

A su turno, es importante analizar la doctrina del Profesor Soto Kloss, la cual tiene gran relevancia para entender la Nulidad de Derecho Público.¹¹¹ Postula que la pretensión de la acción es de validez universal, lo cual es aplicable a todo el aparataje estatal, incluyendo a la actuación del Congreso, de los Tribunales de Justicia y por supuesto de los órganos con autonomía constitucional, lo cual es aplicable a la función dictaminante de la Contraloría General de la República.¹¹²

¹¹⁰ SOTO KLOSS, EDUARDO. Op cit, p. 140.

¹¹¹ SOTO KLOSS, EDUARDO. Op cit, p. 141.

¹¹² CARMONA SANTANDER, EDUARDO. Nulidad y responsabilidad administrativa. Magister de Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, sin página.

Hasta el año 2007, la jurisprudencia sólo contemplaba que un particular podía demandar por Nulidad de Derecho Público en contra del Fisco. Sin embargo, aquel año la Corte Suprema se pronunció sobre una demanda de un organismo público contra un particular. El Instituto Nacional de Previsión demandó de Nulidad a una persona que obtuvo pensiones de invalidez e indemnizaciones por años de servicio en base a certificados falsos del COMPIN, por lo cual solicitó la impugnación del acto administrativo y el reintegro de esos dineros.¹¹³

Como otro punto a analizar, la Corte Suprema progresivamente ha señalado que debe haber un derecho subjetivo involucrado, por lo cual si una persona solicita la nulidad de un proceso urbanístico, debió haber participado del procedimiento, es decir, haber sido parte interesada.¹¹⁴

En consecuencia, la Nulidad de Derecho Público en contra de un dictamen puede ser solicitado por un particular o por un Servicio Público, pero con el requisito que tengan legítimo interés en el procedimiento, ante un tribunal ordinario competente y en un juicio ordinario de lato conocimiento.¹¹⁵

Es importante analizar la jurisprudencia reciente en cuanto a la Nulidad de Derecho Público y en relación con la impugnación de dictámenes. Así, la Corte Suprema a través de un rechazo de un Recurso de Casación en el Fondo, solicitó la declaración de nulidad al Dictamen N° 34.842 de la Contraloría General de la República, puesto que el agravio en que se asienta la demanda, lo reside en la negativa de su antigua empleadora, esto es, la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, a pagarle la indemnización establecida en el artículo 58 inciso 2° de la Ley N° 19.882 en relación al artículo 148, actual artículo 154, del Estatuto Administrativo.

La Corte Suprema, a través del fallo citado, marcó un precedente importante en materia de Nulidad de Derecho Público, puesto que estableció que: *“las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquellas que miran a la obtención de algún derecho a favor de un particular, las primeras, pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de*

¹¹³ Sentencia Corte Suprema N° 3689 del año 2006.

¹¹⁴ Sentencia Corte Suprema N° 1428 del año 2007.

¹¹⁵ Carmona ha sostenido que estos son asuntos pacíficos de la doctrina de la Nulidad de Derecho Público, puesto que los autores están contestes en señalar el tipo de procedimiento y ante quién se interpone la acción. Así también lo ha sostenido variada jurisprudencia en la materia (Sentencia Corte Suprema: 3288/1998, 1123/2005, 1445/2012, 7451/2013).

hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, “erga omnes” y requieren de una ley expresa que las consagra, como ocurre con el artículo 140 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que instituye el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de los órganos municipales. En cambio, las segundas – patrimoniales- presentan la característica de ser declarativas de derechos (..)”

Continua la Corte señalando que: *“estas acciones declarativas también denominadas de plena jurisdicción, por cuanto el tribunal puede hacer todo lo que corresponda para declarar un derecho a favor de un particular, incluso declarar la nulidad del acto con tal objeto, y que son de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas en lo concerniente a la prescripción o extinción de las acciones por el transcurso del tiempo a las reglas que contempla la normativa pertinente”*

Finaliza el máximo tribunal afirmando que: *“es por ello que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción declarativa de derechos a favor de particular. Efectivamente, la naturaleza misma de los derechos cuyo reconocimiento se solicita es siempre de carácter patrimonial y privado, aun cuando su fuente se encuentre en una nulidad de derecho público, y como tales sujetos a la posibilidad de extinguirse por el simple transcurso del tiempo. La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo, por lo que si compromete sólo la esfera patrimonial particular de un individuo debe regirse por las normas comunes generales existentes al respecto, y éstas son las contenidas en el Código Civil y en las leyes especiales que regulan la materia.”¹¹⁶*

Antes de comentar la sentencia citada, es importante realizar una prevención jurisprudencial citada por el profesor Navarro Beltrán, en la cual se realizó una clasificación de los dictámenes, así hay algunos que son constitutivos de decisiones, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y 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, el que no cabe dentro de la definición de acto administrativo, siendo equivalente a verdaderas circulares.¹¹⁷

¹¹⁶ Sentencia Corte Suprema N° 5771 del año 2015.

¹¹⁷ Incluso la jurisprudencia expresamente ha dicho que la Contraloría General de la República otorga derechos subjetivos a los particulares. Como hemos mencionado anteriormente, esto es normal en materias de derecho urbano y en el otorgamiento de pensiones. La misma clasificación

La clasificación mencionada importa mucho para analizar la tendencia que está teniendo la jurisprudencia cuando se solicita la nulidad de derecho público para la función dictaminadora. En primer lugar, se ha mencionado¹¹⁸ que no puede el máximo tribunal pronunciarse respecto a aquellos dictámenes que son actos administrativos terminales y que confieren derechos a las partes; es decir, cuando la Contraloría funciona como un tribunal donde existen derechos subjetivos en una controversia jurídica.

Como se criticó precedentemente, nuevamente la jurisprudencia erra en esta interpretación, puesto que no toma en cuenta la limitación dictaminadora conferida en la ley orgánica constitucional de la Contraloría, cuando el artículo 6 hace mención a que el ente fiscalizador no podrá informar de asuntos que por su naturaleza tengan el carácter de litigioso.

En segundo término, la jurisprudencia ha creado un verdadero *cerrojo* respecto a la impugnación de dictámenes¹¹⁹, debido que ha limitado las vías judiciales para invalidar las decisiones del ente contralor, en razón de los derechos subjetivos que las partes están discutiendo y que la Contraloría decide como Juez.

El sustento utilizado por la Corte Suprema es que en la nulidad de derecho público de un dictamen – el que fue emitido precisamente en el ejercicio de las facultades interpretativas propias de tal organismo- no existe ilegalidad cuando en la dictación del acto impugnado el órgano público se limitó a hacer uso precisamente de sus atribuciones. Es decir, a través del control de legalidad que realiza sobre los servicios públicos. ¿no es acaso contravenir el artículo 6 de su Ley Orgánica una extralimitación de sus facultades, incluso actuando *contra legem*?

En consecuencia, lo que reconoce la Corte Suprema es el abandono parcial a la tesis de Nulidad de Derecho Público de Soto Kloss¹²⁰, y asume la visión doctrinal de Jara Schnettler, en cuanto al principio de conservación de los actos administrativos, donde es

de dictámenes que ha realizado la jurisprudencia, les confiere validez a los actos administrativos terminales del ente contralor, es decir dictámenes que confiere derechos a una de las partes por la decisión contralora.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Esto en cuanto a los rechazos declarados por el Poder Judicial, tanto en vía de acción de protección como de nulidad de derecho público, ver Sentencia Corte Suprema N° 17 del año 2013. Sentencia Corte de Apelaciones N° 196 del año 2011. Sentencia Corte de Apelaciones N° 6256 del año 2000. Sentencia Corte de Apelaciones N° 114 de 1983.

¹²⁰ En cuanto a la declaración de nulidad que deben realizar cuando el acto administrativo tiene un vicio para ser perfecto.

preciso salvaguardar otro valor jurídico más importante – en el caso de los dictámenes los derechos declarados- y persistir en la decisión del órgano administrativo.

Además de ello, su tesis otorga otro argumento. En el construye un nuevo marco teórico evitando rechazar la separación radical entre las instituciones de derecho civil y las de derecho administrativo, el máximo tribunal acoge este argumento, al señalar que se deben aplicar las normas del Código Civil y leyes especiales cuando se impugna un dictamen que contenga derechos declarados para una de las partes.

Para concluir este acápite, quiero reflexionar en torno a una de las finalidades de la Nulidad de Derecho Público. Esta Institución se enmarca dentro del control externo, jurídico y jurisdiccional de la administración del Estado. Es la intervención de tipo contencioso-administrativo y de lato conocimiento que pueden intentar los particulares – y según jurisprudencia reciente otros servicios públicos- para que un Juez declare la nulidad de un acto.

El origen de la Nulidad de Derecho Público se remonta al derecho alemán del siglo XIX, como mecanismo de protección de los ciudadanos ante la imposibilidad de recurrir a los tribunales, por actuaciones manifiesta de la administración del Estado, en palabras del profesor Carmona –en referencia al nacimiento de esta Institución- la fuerza del acto administrativo emana del hecho de ser una expresión de poder público en conformidad con el ordenamiento jurídico, por lo mismo, mientras no se declara la invalidez el acto era eficaz.

La sentencia que declara el acto nulo, se sostuvo, es declarativa, porque este tipo de decisión administrativa es en realidad una apariencia de acto. Sin embargo, el derecho alemán tuvo un quiebre, que es el principio de conservación, en que menciona que es necesario mantener el acto en el sistema –a pesar de sus vicios- si ello protege un bien jurídico superior.¹²¹

Momentos jurídicos similares están ocurriendo en nuestra jurisprudencia actual en referencia a la Nulidad de Derecho Público alemán– a menos en lo que se refiere con la potestad dictaminadora- en la cual los tribunales han decidido de declarar la invalidez de los dictámenes a mantener su conservación por bienes jurídicos superiores, lo cual causa un *cerrojo* en las oportunidades que tiene el ciudadano de accionar ante un Juez por una

¹²¹ CARMONA SANTANDER, CARLOS. Op. cit, pp. s.p.

extralimitación del ente contralor, lo cual ocurre al vulnerar el artículo 6 de su ley orgánica en relación de tomar decisiones sobre asunto que son de naturaleza litigiosos.

3.3 Contienda de competencia entre el Poder Judicial y la Contraloría General de la Republica. Análisis de caso: Funcionarios Dirección General de Aeronáutica Civil v/s Fisco de Chile.

Como se ha analizado en los apartados precedentes, la jurisprudencia –tanto en sede de protección como de nulidad de derecho público- cada vez legitima más las facultades de la Contraloría General de la República, sin cuestionar el exceso de atribuciones de su ejercicio dictaminador.

Uno de los cambios jurisprudenciales en la acción de protección ha sido en qué sede debe discutirse el asunto, así el máximo tribunal dice que estas controversias se deben analizar en un juicio de lato conocimiento, sin perjuicio de ello, cuando se analizó la Nulidad de Derecho Público –proceso que es de juicio ordinario- la Corte Suprema también ha cambiado sus decisiones, estableciendo que cuando hay derechos subjetivos que deben ser declarados, esta no es la sede idónea para discutirse.

Sin embargo, se ha producido un caso curioso en cuanto a una acción declarativa de mera certeza, la cual se ha desarrollado en nuestra jurisprudencia. Brevemente queremos analizar la solicitud de conflicto de competencia solicitada por la Contraloría General de la República al Senado de Chile.

En el año 2016, 1331 empleados de la Dirección General de Aeronáutica Civil interpusieron una acción declarativa de mera certeza en juicio ordinario de mayor cuantía en contra del Fisco de Chile, con el objeto de poner término a la situación de incertidumbre jurídica que se produjo con motivo de un vacío legal, relacionado con el sistema previsional que les aplica.

La demanda se funda indicando que con fecha 11 de noviembre de 1985 se publicó la Ley N° 18.458, que estableció el régimen previsional del personal de la defensa nacional, el cual estableció que los funcionarios debían acogerse al régimen previsional contemplado en el D.F.L N° 2 del Ministerio del Interior. Sostuvo que la Ley N° 19.458 se dictó con la intención de resolver distintas interpretaciones suscitadas por la dictación del Decreto Ley N°

3500 de 1980, que rige el sistema previsional de la generalidad de los trabajadores chilenos, esta norma enumera a qué personas se debe aplicar este nuevo régimen.

Por tanto, desde la dictación de la Ley N° 18.458 los funcionarios que se incorporaron a la Dirección General de Aeronáutica Civil, por mera decisión de su empleador, se sometieron al Decreto Ley N° 3500 por considerar que no se encontraban en el listado N° 1 de la ley citada.

Por otro lado, el Consejo de Defensa del Estado dedujo la contestación a la demanda fundada en la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República, puesto que el ente fiscalizador, a través de su jurisprudencia administrativa, puede interpretar las normas anteriormente citadas.

En ese sentido, los dictámenes N° 74.525 de fecha 29 de noviembre de 2011 y el N° 57.281 de 2004, los cuales han sido invariables en el tiempo, sostienen que el personal de la Dirección General de Aeronáutica Civil, ingresado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 18.458 y que no se encuentre en la situación descrita en alguna de las normas de protección que contempla la propia ley, no ha podido quedar afecto a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, por lo cual se debe aplicar el artículo 3 de la Ley N° 18.458 al personal de la Dirección de Aeronáutica Civil, toda vez que la Ley N° 18.458 derogó la adscripción de su personal al régimen previsional de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, lo que se ha relatado hasta ahora, el demandante buscó una interpretación distinta a través de los tribunales de justicia respecto a lo que había sostenido la Contraloría General de la República hasta ese momento –por lo que prescindió de solicitar la nulidad de derecho público del acto administrativo- respecto a qué régimen previsional debía aplicar para los funcionarios de la Dirección de Aeronáutica Civil, por las normas anteriormente citadas.

El 29° Juzgado Civil de Santiago rechazó la demanda, fundado en que respecto a la Ley N° 16.752, ha existido una derogación tácita parcial, tanto con la dictación de la Ley N° 18.458, como con la Ley N° 18.948, sobre el régimen previsional que regula a los empleados de la Dirección General de Aeronáutica Civil, los cuales se incorporaron con posterioridad al 11 de noviembre de 1985.

Si bien la demanda no fue acogida, el fallo es interesante, puesto que el tribunal no aplicó los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República y en subsidio de ello para sentenciar, estableció una propia interpretación del asunto controvertido.

Posterior a ello, el demandante impugnó la sentencia por vía de recurso de apelación, en la cual el tribunal de alzada revocó la decisión del 29° Juzgado Civil de Santiago, entregando una interpretación distinta – y sin aplicar los dictámenes citados- en esa oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que los empleados civiles de la Dirección General de Aeronáutica Civil, bajo la calidad del régimen por el cual reclaman, el artículo 1 de la Ley N° 18.458 prevé la posibilidad de opción entre previsiones y excluye del sistema, al personal que se incorpora a instituciones dependientes del Ministerio del Interior y Defensa Nacional, con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo cual siguió un argumento similar al apelante.

Lo curioso es que luego de la revocación que realizó la Corte de Apelaciones, la Contraloría General de la República –sin hacerse parte del proceso- solicitó la nulidad de todo lo obrado, entregando como argumento que su facultad dictaminadora está amparada por la propia Constitución de la República de Chile –cuestión que a través de este trabajo se ha contradicho latamente¹²²- y que por tanto la única facultada para interpretar las normas de la administración del Estado es el ente fiscalizador, el cual tiene un criterio distinto al adoptado por el Tribunal de Alzada. Naturalmente, la Corte de Apelaciones rechazó la solicitud por razones procesales, puesto que el órgano contralor no era parte del proceso y, además, el Consejo de Defensa del Estado había recurrido de Casación en el Fondo.

La Contraloría solicitó contienda de competencia al Tribunal Constitucional para que resolviera quién debía interpretar y resolver el asunto, si el 29° Juzgado Civil de Santiago o el ente contralor. El juez constitucional dirimió la contienda a favor del ente fiscalizador, señalando que la acción de mera certeza, tiene por propósito conferir seguridad jurídica a una situación incierta.

Ello no sería el caso, pues la situación previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra consolidada desde 1985, de suerte que, al pedirse la reversión de este régimen, no se hace más que producir un estado evidente de incertidumbre jurídica. Ello lo justifica, porque mediante una sentencia judicial se busca suplantar las facultades constitucionales exclusivas del Presidente de la República para proponer proyectos de ley en materias de seguridad social.

¹²² En el capítulo primero se menciona los antecedentes normativos de la facultad dictaminadora, negando la existencia de su fuente constitucional.

Por otro lado, continua el garante constitucional, la normativa sólo puede ser informada de un modo generalmente obligatorio, para toda la Administración del Estado, solo por la Contraloría General de la República, precisamente por concernir al régimen previsional aplicable a funcionarios públicos. Por tanto, interfiere en las atribuciones de los órganos constitucionales señalados y exorbita las potestades judiciales, un tribunal que entra a interpretar genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales que gobiernan la materia.¹²³

El Tribunal Constitucional carece de argumentos del sustento normativo de la función dictaminante, y sólo menciona la exclusividad que tiene la Contraloría General de la República para interpretar normas administrativas por sobre la del Poder Judicial. Curiosa resulta la sentencia, puesto que no sólo realizó una vista de los aspectos que son atribuibles a cada órgano, más bien realizó un examen interpretativo similar al del ente contralor, por lo cual sus decisiones van en la misma línea, haciendo un examen al fondo del caso y no únicamente a la contienda de competencia, como era la solicitud.¹²⁴

Finalmente, el recurso de casación en el fondo que se interpuso ante la Corte Suprema quedó suspendido a la espera de la decisión del honorable senado de Chile. Brevemente nos queremos referir a la disputa que ocurrió en el órgano legislador, puesto que los argumentos del Contralor y del Presidente de la Corte Suprema -de aquella época- resultan interesantes en relación con la potestad dictaminante, además de los académicos invitados a exponer sus argumentos referidos a la materia.

Cabe aclarar que la Contraloría General de la República interpuso la solicitud de intervención del Senado por múltiples factores. Sin embargo, sólo queremos analizar la causa de intervención que pueden tener los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones del ente fiscalizador.

Como se ha venido previniendo, tanto la Contraloría General de la República – a través de su misma potestad dictaminadora- y gran parte de la doctrina administrativista,

¹²³ Sentencia Tribunal Constitucional N° 3.283 18 de enero de 2017.

¹²⁴ Interesante resulta leer la posición de Navarro Beltrán en esta línea, puesto que en un análisis interesante de jurisprudencia constitucional establece que el Tribunal Constitucional resuelve siempre en una posición similar a la de la Contraloría General de la República, por lo cual no hay decisiones contradictorias entre ambos órganos. NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE. Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte N° 2. 2012, pp. 431-446.

establece que la función de tomar decisiones sobre normas administrativas está contenida bajo el alero del control de legalidad que realiza el ente fiscalizador de los actos administrativos de la administración, es por ello que la elevan a rango constitucional, pocos son los autores que se refieren a ella como una mera facultad legal. Esto es útil para entender los dos puntos de vista entre la Corte Suprema y la Contraloría General de la República.

Así, el Excelentísimo ex Presidente de la Corte Suprema, Sergio Muñoz expuso: *“nunca el dictamen constituye el pronunciamiento de la Administración, constituye una interpretación obligatoria para ella en relación a su legitimidad constitucional y legal, son los Tribunales los llamados a emitir pronunciamiento ante una controversia respecto de las actuaciones de la Administración”* continua Muñoz argumentando: “el agotamiento de la vía administrativa previa a recurrir a los Tribunales de Justicia, es una garantía para los administrados, no para la administración, no puede obstaculizarse el acceso a la justicia, se determina que los administrados tienen el derecho a optar la forma de impugnación –incluso agrega un argumento, que hemos señalado a lo largo de este capítulo- ejercida por el interesado la acción jurisdiccional en contra de los actos administrativos no podrá recurrir a la administración, la que deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión. **Particularmente la Contraloría no podrá ejercer su facultad de dictaminar en los asuntos: i) de naturaleza litigiosa, ii) los que estén sometido a los tribunales.**¹²⁵

Resulta interesante el alegato del ministro Muñoz, puesto que establece límites a la facultad dictaminante, cuando los asuntos son de naturaleza litigiosa o están sometido a los tribunales de justicia, invocando el artículo 6 de la Ley Orgánica del ente contralor. Lo curioso es que la jurisprudencia en sede de Nulidad de Derecho Público y de Protección cada vez legitima más la función dictaminante –incluso la eleva a rango constitucional- pero en este alegato el representante del máximo tribunal deja claro cuáles son los límites de las decisiones de la Contraloría.

Como punto final al alegato del Ministro Muñoz queremos detenernos –de forma escueta- en un argumento nuevo en relación a la función dictaminante. El representante del máximo tribunal, arguyó en relación a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el artículo 8.1: *“en que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente.”*

¹²⁵ ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Informe presentado ante el Honorable Senado de Chile.2017. El destacado es nuestro.

Cita también a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso Tiu Tojin v/s Guatemala, en que se refiere a: *“cualquier norma o práctica del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada, por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.”* Finaliza este argumento citando a Karl Muller diciendo: *“Sin duda la Contraloría General de la República debe aplicar el derecho internacional y, a su vez, sus actos pueden generar responsabilidad internacional del Estado chileno.”*

Esta intervención es interesantísima, puesto que se sostiene que la Contraloría General de la República debe realizar un examen de convencionalidad respecto de los actos administrativos que emite, y esto lo relaciona estrechamente con la intervención que deben realizar los Tribunales de Justicia sobre los actos administrativos, que, a nuestro parecer, deben pronunciarse incluso de aquellos dictámenes que decidieron sobre derechos de particulares, lo cual se contrapone con la jurisprudencia estudiada anteriormente.

Como contrapunto a la exposición planteada por el Ministro Muñoz, está la del Contralor don Jorge Bermúdez, quien sostiene que la competencia exclusiva para conocer de los asuntos objeto de la contienda de competencia, pertenece a la Contraloría General de la República.

Ello lo argumenta en el artículo 98 y la Ley Orgánica del ente fiscalizador –las cuales han sido latamente estudiada en este trabajo- sostiene lo siguiente: *“resulta de manifiesto que esta Entidad de control está dotada de la potestad de emitir dictámenes, facultad que importa, según se ha explicado informar cuál es el sentido y alcance de las normas aplicables a los servidores de la Administración del Estado (...) resulta improcedente que tanto la Excma. Corte Suprema como la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago se hayan avocado al conocimiento de los asuntos vinculados a la acción declarativa de mera certeza intentada, toda vez que tal pretensión importa que un tribunal sustituya – y no que controle- a esta Contraloría General de la República en su potestad dictaminadora.”*

Otro aspecto interesante de la intervención del Contralor Bermúdez es lo que dice en relación con el error en el procedimiento aplicado¹²⁶, ya que el proceso debió haber sido la impugnación del o de los dictámenes que se refieren al sistema previsional aplicable a los funcionarios de la DGAC, mediante un recurso de protección o nulidad de derecho público.

¹²⁶ Informe de la Contraloría General de la República presentado ante el Honorable Senado de Chile.

Esto resulta también contraproducente, debido a que constantemente la defensa de la Contraloría General de la República, es que los medios impugnatorios de los Tribunales de Justicia actúan sobre el ejercicio legítimo que tiene el ente fiscalizador, por lo cual se deben rechazar las acciones y controles deducidos en su contra.

Por último, queremos citar las exposiciones de los profesores Zuñiga y Maturana, los cuáles entregaron sus argumentos en el Honorable Senado. Resultan valiosas sus intervenciones, debido a que la función dictaminadora tiene un impacto relevante en la cultura jurídica y pocas veces es cuestionada respecto a su ejercicio y límites.

El profesor Maturana Miquel, sostuvo que: *el dictamen tiene una naturaleza administrativa, de carácter vinculante sólo para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública, esto es, para la Administración del Estado, pero no revisten semejante fuerza respecto de los afectados en sus derechos los que pueden acudir a los Tribunales de Justicia en protección de sus derechos (...)* continua arguyendo que: *la resolución de conflictos no es una materia que corresponda a un órgano de naturaleza administrativa, porque como sujeto parte de la Administración, no reúne los caracteres de independencia e imparcialidad para poder ser calificado como tribunal, y además no se contemplan todas las fases para que permita sostener que nos encontramos ante un racional y justo procedimiento (...)* finaliza su intervención diciendo: *“los órganos administrativos no tienen facultades para conocer de acciones judiciales en un contencioso administrativo, y menos la Contraloría General de la República, porque ella es competencia de los tribunales y al redactarse el texto constitucional expresamente se denegó otorgar ninguna facultad que importara el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de ese órgano administrativo.”*¹²⁷

A su turno, el profesor Zuñiga expuso lo siguiente: *“ni los Tribunales de Justicia que integran el Poder Judicial ni la Contraloría General de la República poseen competencia legislativa: por lo que ni en sede judicial declarativa de mera certeza ni en sede administrativa (dictamen) se pueden establecer o fijar normas generales, abstractas, ciertas y obligatorias sobre un “sistema provisional”, caracteres materiales propios de la ley (...) en consecuencia, ni la decisión judicial en sede declarativa ni la potestad dictaminante pueden suplir o reemplazar a la potestad legislativa; se trata de potestades: la dictaminante sub lege (de fuente legal y subordinada a la ley), y de naturaleza administrativa, y la judicial sub*

¹²⁷ MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. Minuta presentada ante el Honorable Senado de Chile. 2017.

Constitutione y sub lege; no siendo de recibo el principio de inexcusabilidad en razón de la naturaleza pública del conflicto (régimen provisional y su derecho material).”

Para el profesor Maturana hay conflicto de competencia, éste existe, sin embargo el Honorable Senado debe dirimir en favor del Poder Judicial y éste debe rechazar el Recurso de Casación en el fondo, puesto que estas materias son propias de ley en la cual el Presidente propone al Poder Legislativo y éste las elabora. Misma conclusión es la del profesor Zuñiga, con la diferencia que para él no existe conflicto de competencia.

El 06 de marzo de 2018, el Senado acogió la contienda de competencia planteada por la Contraloría respecto de los tribunales superiores de justicia. Con una votación de 16 a 12, se estableció que el ente fiscalizador debe interpretar de manera abstracta y general la normativa previsional.

Sólo queremos realizar algunos alcances respecto a la decisión del Honorable Senado. Como se ha venido previniendo en este trabajo, se debe tener cautela cuando se interpretan las normas administrativas, en cuanto a razones políticas fundada en una decisión finalista para un caso concreto.

El Ministro Muñoz previno al Senado que esta debía ser una decisión jurídica y no una decisión política. Ello en cuanto a que el Contralor Bermúdez entregó un argumento económico, respecto a cuánto le iba a costar al Estado el cambio del régimen previsional de los funcionarios de la Dirección de Aeronáutica Civil.

Lo anterior lo señalamos puesto que, pese a las prevenciones realizadas por los académicos que asistieron a esta solicitud de contienda de competencia y a la intervención del Ministro Muñoz, la determinación de los Honorables Senadores fue fundada por razones políticas y carecieron de fundamento jurídico. Abundaron los cuestionamientos al sistema de AFP y a cuánto podía costar al Estado este cambio de régimen previsional, cuando el fondo del asunto era completamente distinto.

Nos debemos cuestionar estas situaciones, ya que nos parece que el Senado no es un órgano imparcial para resolver una competencia entre dos instituciones en la cuales puede haber intereses políticos creados. El Ministro Muñoz recordó en variadas oportunidades al Senado que ellos tenían que funcionar como un tercero imparcial y no como el órgano político que es.

Finalmente, el Senado tuvo una especie de falsa intuición, en cuanto a los argumentos. Se señaló que la Corte Suprema iba a acoger el recurso de casación presentado. Incluso el Ministro Muñoz – en una equivocación a nuestro juicio- adelantó lo que iba a ser la supuesta vista de la causa del recurso, en la cual lo rechazarían, pues no había nada que interpretar sobre normas que si tenían un alcance claro, lo cual era de una opinión similar a la de Maturana y Zuñiga.

Lo que molestó al Ministro Muñoz, fue que al presentar una solicitud a los tribunales de justicia, ellos no pueden abstenerse de conocer el fondo del asunto, ni a pretexto de la competencia que tiene la Contraloría General de la República –que por lo demás fue puesta en duda en esta contienda de competencia- pero tanto el Senado como el Contralor, se adelantaron a lo que podía ser un acogimiento de la casación presentada.

CONCLUSIÓN.

Inicialmente, no queremos desconocer la relevancia que ha tenido la facultad dictaminadora para el derecho administrativo. Por cierto, las interpretaciones que realiza la Contraloría General de la República, ha logrado ordenar y resolver conflictos relevantes en la materia. En palabras de Cordero, se ha logrado una actividad estabilizadora ante la ausencia de regulación normativa.¹²⁸

Esto nos ha llevado a reflexionar que la doctrina ha preferido destacar el rol unificador de la jurisprudencia del ente contralor, que realizar un estudio crítico respecto a sus fuentes normativas, su autorregulación y los conflictos que acarrea con el poder judicial. Al contrario, pocos han sido los autores que han criticado esta facultad, podemos mencionar entre ellos a Zuñiga Urbina y Cordero Vega.

Como hemos expuesto en este trabajo, hay una carencia normativa para fundamentar el rol dictaminador, el cual encuentra un desarrollo importante a través de su autorregulación, lo cual permite resolver conflictos entre el Estado y particulares y normar materias que son propias del derecho objetivo.

La Contraloría General de la República a través de su facultad dictaminadora se irroga potestades que son propias de los órganos jurisdiccionales, lo que conlleva a una indefensión para los ciudadanos y otros servicios públicos que acuden a ella.

Ciertamente, se vulnera el debido proceso, el derecho de toda parte en una audiencia de ser oído, el tener una defensa efectiva, y sobre todo, que el asunto sea conocido por un órgano imparcial.

Por otro lado, al tener una insuficiencia normativa importante, la autorregulación dictaminadora de la Contraloría, ha ocasionado una desarmonización de nuestro derecho administrativo.

Lo precedente, por cuanto el legislador previó que órganos específicos interpretaran normativas especiales, es el caso de las Superintendencias o el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, instituciones que ven sometidas sus interpretaciones al control de legalidad del

¹²⁸ CORDERO VEGA, LUIS. Op. Cit. p. 184.

ente fiscalizador, pese a que la ley les encomienda determinar el alcance de un texto positivo determinado.

Por consiguiente, nuestra institucionalidad se acostumbró a esta ficción jurídica de encontrar en la Contraloría una jurisdicción disfrazada de un rol dictaminador, donde sus decisiones constituyen derechos para las partes, o son actos terminales en el sistema del derecho administrativo, ordenando invalidar acciones de otros servicios públicos, cuando la ley no permite ello.

Este desorden institucional es producto de la ausencia de los tribunales administrativos, que como ya hemos visto, el constituyente originario previno que la Contraloría no puede resolver lo vedado al Poder Judicial, ya que el ente fiscalizador no puede investirse de jurisdicción.

Ciertamente, la conclusión más apremiante de este trabajo, es que la Contraloría General de la República necesita una gran reforma legal, donde acote su función dictaminadora y establezca procedimientos claros sobre sus etapas, sin dejar esta cuestión a su propia jurisprudencia administrativa.

Además de ello, se debe dejar expresado en la ley, un procedimiento para un control externo del Poder Judicial, en el cual la Corte de Apelaciones pueda revisar las decisiones de la Contraloría General de la República, a través de una acción específica para el conocimiento de estos asuntos, tal como ocurre con las Superintendencias y distintos procesos administrativos sancionatorios.

En el mismo sentido, el Poder Judicial debe tomar su rol sobre los conflictos administrativos, mientras ello no ocurra, se verán vulnerado distintos derechos fundamentales y principios procesales que la Contraloría, por su naturaleza jurídica, no puede satisfacer.

Lo anterior, puede encontrar su suficiencia a través de los tribunales contenciosos administrativos, los cuales puedan resolver conflictos en esta materia con respeto a las garantías constitucionales.

La tensión es evidente entre el Poder Judicial y la Contraloría General de la República para resolver ciertos conflictos, por cuanto ambas instituciones se irrogan la facultad de interpretar la normativa administrativa para resolver conflictos específicos. Mientras el

legislador no aclare a quién corresponde exclusivamente esta facultad o no establezca procedimientos claros, estas pugnas continuarán.

BIBLIOGRAFÍA.

A) Doctrina.

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. ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. 2016. En: La Forma del Derecho. Santiago. Marcial Pons.
3. AYLWIN AZOCAR, ARTURO. 2002. Reflexiones sobre la Modernización de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho 75 años de Vida Institucional (1927-2002).
4. BARROS, ROBERT. 2005. La Junta Militar, Pinochet, y la Constitución de 1980.
5. BERMUDEZ SOTO, JORGE. 2014. Derecho Administrativo General. Tercera Edición, Thomson Reuters.
6. BOLOÑA, G. 2005 El acto administrativo. Santiago. Lexis Nexis.
7. BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. Revista Chilena de Derecho, V. 33.
8. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRES y FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS. 2009. Estudios de justicia administrativa. Chile. Legal Publishing.
9. CANALS AMETLLER, DOLORS. 2016. Los Recursos Administrativos en Francia: de lo contencioso a lo gubernativo. Xi Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo, las vías administrativas modelos comparados.
10. CÁRDENAS, D. 2004. El consejo de estado como tribunal contencioso – administrativo bajo la vigencia de la constitución de 1833. Valdivia. Universidad Austral de Chile.
11. CARMONA SANTANDER, EDUARDO. 2017. Nulidad y responsabilidad administrativa. Magister de Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile.
12. CORDERO VEGA, LUIS. 2012. La Jurisprudencia Administrativa.

13. CORDERO VEGA, LUIS. 2013. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre el legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales.
14. EYZAGUIRRE, J. 1964. Historia de Chile. Santiago. Zig-Zag.
15. 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).
16. 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. 203.
17. FERRAJOLI, 2003. Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Madrid Trotta.
18. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T. 2004. Curso de derecho administrativo I. 12º ed. Madrid. Civitas.
19. GOMEZ BERNALES, GASTÓN. 2005. “Derechos Fundamentales y Recurso de Protección”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.
20. HUNEEUS, J. 1891. La constitución ante el congreso. T. II. 2ª ed. Santiago. Cervantes.
21. IRIBARREN, J. 1936. Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases revisados por el profesor. Santiago. Nacimiento.
22. JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO. 2015. La Contraloría General de la República: su sentido histórico. Estudios Públicos, 137.
23. LARA, J. [200-]. Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile. Litigación Pública. Colección de Estudios de Derecho Público. Universidad de Los Andes.
24. MARIN VALLEJO, URBANO. 2000. Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado N° 2.
25. MARTINEZ BENAVIDES, PATRICIO. 2012. El Principio de Inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la Perspectiva del Estado Constitucional. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 1.

26. MILLAR SILVA, JAVIER. 2010. La Potestad Invalidatoria en la Jurisprudencia Nacional. Procedencia, alcance y limitaciones. Revista de Derecho Vol. XIV, Universidad de Valdivia.
27. MOSQUERA, M. y MATURANA, C. 2010. Los Recursos Procesales. Santiago. Jurídica de Chile.
28. NAVARRO BELTRÁN, EDUARDO. 2013. Bases Constitucionales de la Toma de Razón de la Potestad Dictaminante de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, volumen 78.
29. PALLAVICINI MAGNERE, JULIO. 2002. La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Santiago, Contraloría General de la República
30. PANTOJA, R. 2001. La jurisdicción Contencioso – Administrativa – Decisiones legislativas al año 2001. En: LA JURISDICCION Contencioso – Administrativa: Decisiones legislativas al año 2001. Santiago. LOM. Universidad de Chile.
31. PANTOJA BAUZA, R. 1996. El Derecho Administrativo. Concepto, Características, Sistematización, Prospección. Editorial Jurídica de Chile.
32. PANTOJA BAUZA, ROLANDO. El Principio de la Legalidad: Corolario del Estado Constitucional de primera Generación. [en línea] U cursos<www.ucursos.cl/%2Fderecho%2F2008%2F1%2FD123A0525%2F4%2Fmaterial_docente%2Fbajar%3Fid_material%3D168311&usq=AFQjCNGMjqOz8BsHB2GeHYUFA_t_PjYlq>.
33. PIERRY ARRAU, PEDRO. 2002. Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX, la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, Imprenta de la Contraloría General. Santiago.
34. 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.
35. PIERRY ARRAU, PEDRO. El recurso de Protección y lo Contencioso Administrativo. Universidad de Chile
36. ROJAS, J. 1934. Tribunales Contencioso – Administrativos. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

37. 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.
38. SILVA CIMMA, ENRIQUE. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado, vol. III.
39. SILVA CIMMA, ENRIQUE. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado, el servicio público. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
40. SILVA, E. 1959. Los tribunales administrativos y la contraloría. El Mercurio. Santiago. Chile. 19 de noviembre.
41. SILVA, E. 1945. La Contraloría General de la República. Colección de Estudios de Derecho Administrativo. Santiago. Nascimento.
42. SOTO KLOSS, EDUARDO. 2006. Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile. Sentencias destacadas.
43. SOTO, E. 1977. Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia. Revista de Derecho Público, Vol. I. (21, 22). 205
44. VARAS, G. 1940. Derecho Administrativo. Santiago. Nascimento.
45. 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.
46. 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.
47. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 2012. El Rol de la Contraloría General de la República: Desde el Control de Legalidad a los Nuevos Estándares de Buena Administración. Contraloría General de la República: 85 años de Vida Institucional.
48. VIVANCOS MARTINEZ, ANGELA. 2006. Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II.
49. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. 2012. Los Límites del Finalismo. Otrosí: Superhéroes y héroes. En: Anuario de Derecho Público 2012. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.

50. ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. 2015. A propósito de la “agonía” o “muerte” del recurso de protección ambiental. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 7 Universidad de Chile.
51. ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. 2007. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las cuestiones técnicas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, vol. 14, número 2.
52. ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A. 2003. Acciones Constitucionales. Santiago. Lexis Nexis.
53. ZUÑIGA URBINA, F. 2010. Control Judicial de los Actos Políticos. Recurso de Protección ante las Cuestiones Políticas.
54. ZUÑIGA URBINA, F. 2005. Autonomías Constitucionales e Instituciones Contra mayoritarias a propósitos de las Aporías de la Democracia Constitucional, Revista Ius et Praxis.
55. ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO y VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. 2008. Contrapunto sobre el Rol de la Contraloría General de la República. Revista Chilena de Derecho 32 (2).

B) Sentencias.

1. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 25 de enero de 1991 y de Corte Suprema de 16 de mayo de 1991. Publicado en Gaceta Jurídica N° 131, 1991.
2. Sentencia del 29° Juzgado Civil de Santiago Rol N° C-4017-2012.
3. Sentencia Corte de Apelaciones N°114 de 1983.
4. Sentencia Corte de Apelaciones N° 427 de 1988.
5. Sentencia Corte de Apelaciones N° 8344 de 2005.
6. Sentencia Corte de Apelaciones N° 6256 de 2000.
7. Sentencia Corte de Apelaciones N° 196 de 2011.
8. Sentencia Corte de Apelaciones N° 4049 de 2016.
9. Sentencia Corte Suprema N° 3288 de 1998.
10. Sentencia Corte Suprema N° 1123 de 2005.
11. Sentencia Corte Suprema N° 3689 de 2006.

12. Sentencia Corte Suprema N° 1428 de 2007.
13. Sentencia Corte Suprema N° 11.987 de 2011.
14. Sentencia Corte Suprema N° 1445 de 2012.
15. Sentencia Corte Suprema N° 2791 de 2012.
16. Sentencia Corte Suprema N° 17 de 2013.
17. Sentencia Corte Suprema N° 7451 de 2013.
18. Sentencia Corte Suprema N° 5771 de 2015.
19. Sentencia Corte Suprema N° 47610 de 2016.
20. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 3283 de 2017.
21. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 356 de 2002.
22. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 591 de 2006.