

Luis Cordero Vega*

La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias¹

1. Introducción

Durante los últimos meses hemos sido testigos de un debate, a ratos bizantino, sobre la Contraloría General de la República, sus funciones, atribuciones y en particular quién será el próximo contralor, así como también se pretende justificar que buena parte de los inconvenientes que han existido en el último tiempo se deben al actual sistema de nombramiento.

La verdad es que la Contraloría General de la República es una institución prácticamente fundante del Estado de Derecho nacional², dado que durante el siglo XX

¹ El presente trabajo forma parte de nuestra intervención en el Panel sobre la Contraloría General de la República, en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, el 01 de diciembre de 2006.

² Su origen complejo está vinculado a los orígenes del control de cuentas en el inicio de la República. En efecto, el Tribunal Mayor de Cuentas, que constituye un antecedente directo de la Contraloría, data solamente del año 1820. En virtud de un Senado Consulto, dictado por O'Higgins, el 8 de junio de 1820, se creó el Tribunal Mayor de Cuentas, organismo investido de amplias facultades en materia de hacienda. El Tribunal Mayor de Cuentas sólo duró hasta el año 1828, en que fue suprimido por una ley del 7 de diciembre de ese año, y reemplazado por tres órganos diferentes: una Comisión de Rezagos, una Inspección de Cuentas y una Mesa de Residencia. Los organismos antes mencionados fueron, posteriormente, reemplazados por la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas, creados en virtud de una Ordenanza dictada por el Presidente Joaquín Prieto y su Ministro don Joaquín Tocornal, en el año 1839. Tenía facultades para "tomar razón de las leyes, decretos, reglamentos, presupuestos de gastos y resoluciones administrativas que comprometieran fondos públicos". En el evento que esos decretos no estuvieran de acuerdo con las normas jurídicas vigentes, el Contador Mayor debería representarlos al Ejecutivo, el cual podía, no obstante esta representación, ordenar que se tramitaran, debiendo así hacerlo la Contaduría, pero dando cuenta de ello al Congreso. Igualmente, esta oficina estaba facultada para emitir los informes que le solicitaran los Ministerios o los Tribunales de Justicia. El Contador Mayor era juez de cuentas de primera instancia y fallaba los juicios de cuentas. En el evento de que el funcionario que rendía las cuentas fuera condenado por el Contador Mayor, podía recurrir de apelación ante el Tribunal Mayor de Cuentas. En el año

* Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho
Administrativo,
Facultad de
Derecho de la
Universidad de
Chile. Comentarios
a lcordero@derecho.uchile.cl.

buena parte del desarrollo de la teoría legal en el Derecho Administrativo se construyó desde este órgano de control, siguiendo intuitivamente el modelo francés de desarrollo jurisprudencial.

En efecto, lo que se suele denominar la *edad de oro* del órgano contralor, coincide con la concurrencia en este organismo de buena parte de la intelectualidad del Derecho Público chileno³ desde 1940 en adelante, que se expone como exitosa hasta finales de los 60. Esta afirmación descansa en que la mayoría de los grandes principios del Derecho administrativo provienen de esa época⁴, lo que en nuestra opinión es aún más meritorio si se considera que ha sido esa jurisprudencia la que ha permitido resolver las omisiones legislativas que durante tantos años ha tenido el legislador nacional⁵.

Sin embargo, no sólo la Administración hoy tiene una configuración diferente a esa denominada *edad de oro*, sino que también los requerimientos exigibles al órgano de control naturalmente han cambiado. Competencias tradicionales como la contabilidad general de la nación, hoy tienen un énfasis diferente como consecuencia de la exigencia de organismos internacionales⁶. Por otro lado, durante los años 90, la revolución Marcel,

1875 se produjo la reorganización de las oficinas de Hacienda, creándose, de esta forma, la Corte de Cuentas. Estaba constituida por un Presidente, tres vocales y un Fiscal. La Corte de Cuentas, al igual que la Contaduría Mayor, "tomaba razón de todo decreto de pago con cargo a gastos fijos o variables y de las sentencias absolutorias o condenatorias que en materia de hacienda expedían los Tribunales de Justicia". Si los decretos respectivos no se ajustaban a la ley, la Corte debía presentarlos al Presidente de la República, pero éste podía insistir en su tramitación, caso en el cual la Corte estaba obligada a darles curso, dando cuenta a la Cámara de Diputados. El 20 de enero de 1888 se dictó una ley creando el Tribunal de Cuentas en reemplazo de la Corte de Cuentas del año 1875. Sus funciones fueron sustancialmente las mismas de la anterior Corte de Cuentas. En cuanto a su composición estaba formada por el Presidente, tres Ministros, un Fiscal y un Relator Secretario.

Sobre la base del proyecto elaborado por la Misión Kemmerer se dictó el DFL N° 400 bis de 26 de marzo de 1927, que creó la Contraloría General de la República. Su estructura definitiva fue señalada en forma casi igual a la actual por el DFL N° 258 de 26 de junio de 1932, y por el Decreto Orgánico No 935, de 30 de abril de 1933 (Sobre los antecedentes e impactos de la Misión Kemmerer, Ver FERNANDOIS, J., *Mundo y fin de mundo. Chile en la política mundial 1900 - 2004*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 96 a 101).

Por esta razón se afirma que estas circunstancias le dieron su originalidad, única en el mundo de los organismos de control externo de la Administración pública: la facultad de pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos y hacer viralicio el cargo de Contralor general. Su creación representa una de las concreciones que ha adquirido el principio de legalidad que informa todo nuestro sistema jurídico y que de una manera tan admirable como sucinta recoge el artículo 7° inciso 2° (Pantoja Bauzá, R., *Derecho Administrativo Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 203 y 204).

Para la revisión de los detalles de esta institución ver SILVA CIMMA, *La Contraloría General de la República*, Edit. Nascimento, 1945, pp. 15 y sgts.; RECABARREN DELGADO, R., *La toma de razón de los decretos y resoluciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, Santiago, pp. 47 y sgts.; CAPRILE COSTA, P.M., *Historia de la Contraloría General de la República, desde la Independencia hasta nuestros días*, Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Concepción, 2001.

³ Entre otros Enrique Silva Cimma, Mario Bernashina, Aníbal Bascuñán, Manuel Daniel, Rolando Pantoja, Urbano Marín.

⁴ Probidad administrativa, publicidad, estatuto administrativo, acto administrativo, contratos administrativos, debido proceso administrativo, procedimiento administrativo, organización administrativa, publicación de los actos, son entre otras, materias que tuvieron su origen o fueron reguladas vía jurisprudencia administrativa.

⁵ Los ejemplos más evidentes han sido la ausencia de regulación del procedimiento administrativo, las normas generales sobre contratos públicos, la publicación de los actos administrativos, entre muchos otros.

⁶ Es el impacto por ejemplo de las "Mejores Prácticas para la Transparencia Fiscal" de la OCDE y el "Código Revisado de Buenas Prácticas de Transparencia Fiscal" del FMI.

que puso el énfasis de la actividad administrativa y reorientó todos los instrumentos legales hacia la gestión por resultado, incluido el presupuesto⁷, ha puesto también en entredicho los tradicionales requerimientos del órgano de control⁸.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar los supuestos sobre los cuales descansa la institución más emblemática de la Contraloría, la toma de razón, desafiarlos y demostrar cómo las cuatro ideas sobre las cuales se encuentra construida: (a) presunción de legalidad de los actos administrativos; (b) la esencialidad para la existencia del acto administrativo; (c) generalidad de su aplicación, y (d) importancia de los actos a los cuales se aplica; son supuestos falaces en que la argumentación legal y la evidencia empírica nos respaldan.

2. Idea generales sobre la toma de razón

Hoy la Constitución es precisa sobre las funciones de la Contraloría. Según el artículo 98 de la CPR la CGR tiene las siguientes funciones y atribuciones: (a) ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, que de conformidad al artículo 99 se realiza a través de la toma de razón; (b) fiscalizar el ingreso y los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; (c) examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a cargo dichos bienes; (d) llevar la contabilidad general de la nación; (e) Las demás que determine su ley orgánica.

Las funciones definidas en la Constitución y la ley implican el ejercicio de una competencia privativa y constitucional de control, distinta a la Administrativa a la cual hace mención el artículo 24 y siguientes de la CPR, cuestión que corresponde al Presidente de la República (art. 24) y a la Administración activa (art. 38)⁹.

⁷ La idea matriz que se encuentra detrás de este modo de establecer y diseñar los presupuestos no sólo responde a la manera en que se asignan los recursos, sino que esencialmente a la forma en que se evalúa el desempeño de las instituciones públicas, y cómo estas evaluaciones se integran al ciclo presupuestario y permiten una mejora de la gestión pública. De este modo, se busca que el presupuesto y los programas estatales respondan a una serie de preguntas que comprenden desde el requerimiento de los recursos hasta la ejecución de los mismos, a lo menos en los que dice relación con lo que se quiere hacer con los recursos, las metas que se comprometen, los compromisos a que responde el programa y el modo en que está operando, de manera tal que permita determinar si se justifica su continuidad o su cambio (¿qué se quiere hacer con los recursos?, ¿qué metas se comprometen?, ¿a qué compromisos responde el programa?, ¿cómo está operando el programa?, de manera que ¿se justifica su continuidad o cambio?). Vid. MARCEL, M. (2005), "Presupuestos por Resultados en Chile, ¿Utopía o realidad?", Presentación, Director de Presupuestos 2005, en www.dipres.cl; CUNILL, N. y S. OSPINA, "La evaluación de los resultados de la gestión pública: herramienta técnica y política", en Cunill, N. y S. Ospina, *Evaluación de Resultados para una Gestión Pública Moderna y Democrática*, CIAD, 2003.

⁸ Vid. GUZMÁN, M., *Sistema de Control de Gestión y Presupuestos por Resultados* en www.dipres.cl, septiembre 2005, contiene la experiencia chilena detallada en la materia; RAMÍREZ ALLJAS, A.V., *El proceso de reforma del Estado y modernización de la gestión pública en Chile. Lecciones, experiencias y aprendizajes (1990 - 2003)*, INAP, Madrid, 2004.

⁹ Por esta razón, los pronunciamientos de la CGR sólo corresponde que sean expedidos en relación a acciones u omisiones que afecten a sujetos determinados y no a la comunidad en general ya que éstas afectan a cuestiones de oportunidad, conveniencia, mérito y oportunidad; de suceder de otro modo el rol de control de la Administración que realiza la CGR, se transformaría en la de gestión y co-administración de los servicios públicos, lo que significaría violentar las reservas institucionales reconocidas por la Carta Fundamental a cada uno de ellos. Vid. Dictamen N° 1896, de 1999.

El control de legalidad al cual hace mención el artículo 98 de la CPR se realiza según el artículo 99 mediante la toma de razón. Esta institución es la más característica del control público chileno, y diferencia a la Contraloría de las otras instituciones de control externo existentes en el Derecho comparado, regularmente vinculadas al control de fondos públicos, a través de instituciones relacionadas a las auditorías o a los Tribunales de Cuenta¹⁰.

La toma de razón es una forma de fiscalización jurídica a la que deben someterse los actos de la Administración antes de que estos surtan efectos¹¹. Es definida tradicionalmente como el análisis que el órgano de control efectúa sobre un acto administrativo para verificar la conformidad con el Derecho objetivo, lo que supone la conformidad de juridicidad de los actos de la Administración¹². Se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas.

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

Por esta razón se sostiene que la toma de razón es un control objetivo de carácter normativo¹³, que no se puede pronunciar sobre cuestiones de mérito u oportunidad¹⁴, y que constituye una función única, privativa y excluyente del órgano contralor.

De este modo la toma de razón es expuesta como el principal instrumento de control de los actos de la administración, y he ahí la primera de sus falacias.

¹⁰ AYLWIN, A., "Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República", en *20 años de la Constitución Chilena. 1981 - 2001* (Editor Enrique Navarro B.), Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 2001, pág. 602.

¹¹ ARÓSTICA, I., "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", en *RDP* N° 49, 1991, pág. 132.

¹² RECABARREN DELGADO, R., *La toma de razón de los decretos y resoluciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, pág. 69.

¹³ Esto supone que este control se realiza de conformidad a unos estándares normativos, jurídicos abstractos, establecidos con anterioridad de manera tal que suponen criterios establecidos, que deben ser utilizados por un órgano imparcial, en el sentido de que no se encuentra sometido a un control jerárquico propio de la Administración activa. Su objetivo es buscar la conformidad del acto con el ordenamiento positivo; se busca constatar la corrección jurídica, la conformidad con el derecho, para con ello velar por la integridad del orden jurídico, gozando incluso de poderes impeditivos.

¹⁴ Vid. Dictámenes Nros. 59030, de 1979; 24065, de 2002; 8479 y 52144, de 2003; 44074, de 2004; 315122, de 2005.

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

3. Primera falacia: la toma de razón es la regla general que se aplica a la totalidad de los actos de la administración

Según el artículo 99 de la CPR los únicos actos sujetos a la toma de razón son los decretos y resoluciones. Esto ha llevado a entender que la mayoría de los actos administrativos se encuentran sujetos a este trámite. Sin embargo, la práctica normativa, que viene de competencias conferidas al Contralor, así como la evidencia empírica, demuestran todo lo contrario.

La LOCCGR faculta al Contralor para que pueda eximir “a uno o más ministerios o servicios del trámite de toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que conceden licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados “por orden del Presidente de la República”¹⁵. Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y dejada sin efecto por el Contralor, de oficio o a petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad” (art. 10.5)¹⁶.

La exención de la toma de razón se encuentra establecida en la Resolución N° 55, de 1992, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Resolución N° 520, de 1996¹⁷. Dicha resolución sostiene que se exime de “toma de razón los decretos y resoluciones del rubro salvo los que se dicten sobre las siguientes materias consideradas esenciales”¹⁸. Como se puede apreciar la regla de la resolución de exención invierte el criterio establecido por la ley. Mientras esta permite la exención para “materias que no considere esenciales”, la resolución declara todo como no esencial, y deja la toma de razón para la esencialidad. Esta forma de configurar la exención ha sido criticada por la doctrina pues se afirma que de esta manera se convierte en excepcional el control

¹⁵ Sin embargo, la Contraloría exige que se sometan a las reglas del control de reemplazo, regulado en la Resolución N° 520, de 1996. Vid. Dictamen N° 612, de 2004.

¹⁶ La jurisprudencia administrativa señala que el eximir los actos administrativos de dicho trámite es una facultad exclusiva del Contralor, de manera que los servicios no pueden adjudicarse interpretaciones en tal sentido. Dictamen N° 37.503, 2004.

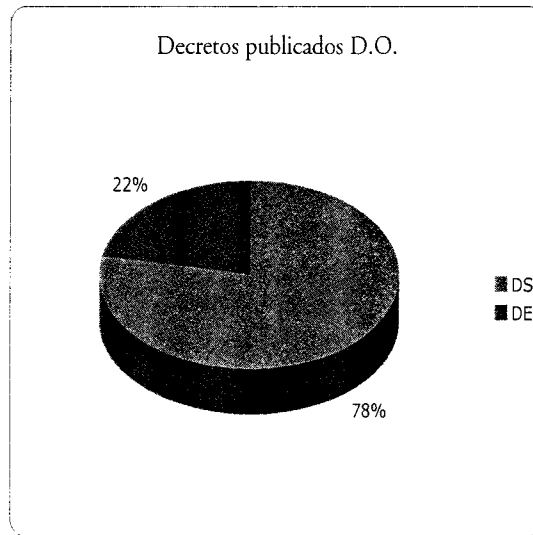
¹⁷ A juicio de SOTO KLOSS la sola existencia de la competencia de exención en la ley es inconstitucional. En efecto, afirma que el precepto debe estimarse inconstitucional por cuanto literalmente la Carta Fundamental, al imponer el trámite, no contempla excepción alguna, de manera que, al conceder la ley orgánica facultades al contralor para eximir de tal trámite, en las materias que indica, la contradeciría manifiestamente. Para SILVA BASCUÑÁN la norma no merece tacha de inconstitucionalidad si se tiene presente que el constituyente ha confiado categóricamente al legislador precisar los decretos y resoluciones que deben tramitarse en la Contraloría (art. 88.1), encargo que, formulado sin condición por el constituyente, permite al legislador autorizar al alto funcionario para definir materias que, por su menos trascendencia, no requieran el trámite. En SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IX, Edir. Jurídica de Chile, 2003, pág. 202. Este criterio fue el aceptado en la CENC (sesión 329, p. 1801), y por el propio Tribunal Constitucional (STC. Roles Nros. 45 y 64).

¹⁸ Para la jurisprudencia un mismo acto administrativo puede contener materias afectas y exentas del trámite de toma de razón. Vid. Dictamen N° 20.585, de 2004.

preventivo que desempeña la Contraloría, resintiendo gravemente el control jurídico de la Administración.^{19 - 20}

La evidencia empírica confirma esta práctica. En efecto, para una muestra desde enero de 1999 a diciembre de 2006, sólo con actos administrativos publicados en el DO, se acredita que el 83% de las resoluciones están exentas del trámite de toma de razón, y sólo el 17% de las resoluciones publicadas en Diario Oficial van al trámite de toma de razón²¹. En cambio, en el caso de los Decretos, el 78% de ellos va al trámite de toma de razón y sólo el 22% está exento. La razón que explica esta última situación es que la mayoría de los Decretos que van a este trámite son firmados por el Presidente, de modo que no pueden ser objeto de exención.

Cuadro N°1. Decretos y Resoluciones publicados en el DO. 1999 - 2006

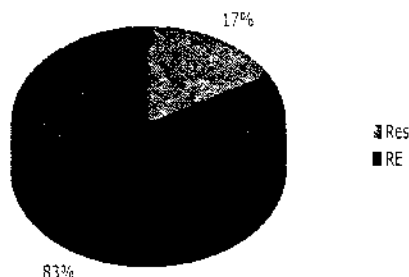


¹⁹ SOTO KLOSS, E., *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 395; en un sentido propóposito, es decir, comprendiendo las razones pero recomendando una reforma legal, FERRADA, "El principio del control en la Administración del Estado", en *La Administración del Estado. Decenio 1990 - 2000* (Coord. Rolando Pantoja Bauzá), Edit. Jurídica Conosur, 2000, pág. 616. Sin embargo, la Contraloría ha justificado esta forma de proceder considerando el hecho de que sería imposible llevar a cabo las competencias de control sin afectar seriamente la eficiencia administrativa si se procediera de una manera diferente. Vid. ARÓSTICA, ob. cit., pág. 158.

²⁰ Durante la discusión de la Ley N° 20.044 (D.O. 23.08.2005), que autoriza a las Universidades Públicas (definidas como servicios públicos para la jurisprudencia) a contratar empréstitos u otras obligaciones financieras con el objeto de ordenar sus pasivos, se discutió la posibilidad de excluir del trámite de toma de razón los actos administrativos de estos órganos con el objeto de dotarlos de mayor eficiencia. Dicha tesis finalmente se desechó, entre otras razones pues la CGR, mediante dictamen N° 26019/04, sostuvo que una exención de estas características era extremadamente peligrosa para el sistema jurídico, pues la inadvertencia de ilegalidades que se producirían permitiría consagrar situaciones jurídicas difícilmente enmendables con posterioridad, y que la toma de razón permite realizarlo hoy de manera adecuada.

²¹ Resoluciones dictan formalmente los Jefes de servicio, los subsecretarios, y en algunos casos los Ministros de Estado, práctica esta última que acaba de ser objetada por el Tribunal Constitucional (Ver STC Rol N° 591).

Resoluciones publicadas D.O.



Elaboración propia a partir de datos Diario Oficial

En síntesis, no es cierto que la mayoría de los actos de la Administración se encuentren sujetos al trámite de toma de razón, sino que por el contrario, dada la manera en que se han ejercido las competencias de exención por parte de la Contraloría General de la República, es que la gran mayoría de los actos administrativos se encuentran exentos, generando incentivos para que los servicios públicos en particular, promuevan actos en alguna de las tipologías de exención²². La evidencia recopilada sólo en los actos administrativos publicados en el DO, son indiciarios al respecto.

4. Segunda falacia: la toma de razón es requisito esencial del acto administrativo

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

En efecto, para unos el control preventivo de legalidad es un requisito de la eficacia del acto administrativo. Se sostiene que el proceso de eficacia de los actos comprende

²² Esto es precisamente lo que sucedió con el acceso a la información pública, con la vigencia del DS N° 267/2001. Minsegregres. Ver nuestro "Vida, pasión y muerte del acceso a la información pública", *GJ* N° 309, 2006, pp. 7 y sgts.

igualmente trámites sucesivos, cuyo objeto es dotar al acto de una capacidad para producir efectos. Entre estos procesos se considera a la toma de razón, la notificación y publicación del acto administrativo²³. Para otros la toma de razón no es un trámite de eficacia del acto administrativo, pues mientras no opere, el acto no ha nacido a la vida jurídica; es una mera vía de hecho. Sin toma de razón, se afirma, simplemente no hay decisión administrativa; sin que la CGR declare la juridicidad de ella y tome razón, no hay acto administrativo. De manera que este procedimiento forma parte de la elaboración del acto administrativo²⁴. Abonando esta tesis la jurisprudencia administrativa señala que “la toma de razón es un requisito integral del acto, esto es, constituye un requisito de la existencia del acto administrativo, de modo que antes de que se lleve a cabo dicho control de legalidad el decreto o resolución aún no nace a la vida del derecho y sólo tiene el carácter de un proyecto de acto administrativo”²⁵.

En nuestra opinión la toma de razón es un trámite de eficacia, por las siguientes razones: (a) En primer lugar, la toma de razón no es un requisito de todos los actos administrativos, toda vez que como se ha visto la mayoría de ellos se encuentran exentos de este trámite, por lo que la vigencia del acto no se vincula con su cumplimiento. De serlo, resulta absolutamente inconsistente la facultad de exención del trámite que tiene el contralor y sus consecuentes efectos; (b) Por otra parte la propia Constitución reconoce que la toma de razón se realiza sobre actos dictados, y no sobre proyectos de actos. Esa es la interpretación razonable en nuestra opinión de los art. 98 y 99 de la CPR, en cuanto aplica la toma de razón a “actos”, no a pretensiones de voluntad o declaración; (c) La LOCCGR señala que sólo se pueden cumplir los decretos o resoluciones después de la toma de razón, bajo apercibimiento de sanción²⁶. Sin embargo, pueden excepcionalmente ejecutarse antes del trámite, cuando se refieran a actos [fundados] que “dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias; o medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse si no se aplicaren inmediatamente, siempre que no afecten derechos esenciales de las personas” (art. 10. 7)²⁷, sin que ello afecte la validez del mismo. Este es el criterio reconocido en la CENC cuando a propósito de la discusión de la disposición constitucional de la toma de razón se desechó reconocer el carácter

²³ SILVA CIMMA, *ibidem*; MADARIAGA GUTIÉRREZ, M., *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 120 y 121; RECABARREN, *ob. cit.*, pág. 81.

²⁴ En este sentido SOTO KLOSS, E., “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 – 1977)*, Publicación Conmemoración del Cincuentenario, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1977, págs. 174 y 176; con igual criterio CARMONA, *ob. cit.*, pág. 10; ARÓSTICA, *ob. cit.*

²⁵ Dictámenes Nros. 14.609, de 1959 y 57.309, de 2003.

²⁶ Vid. Art. 154 LOCCGR.

²⁷ Más adelante la ley establece sólo una regla de responsabilidad cuando la Contraloría considere al acto administrativo ilegal o inconstitucional, señalando que “la Contraloría [si] no da curso al decreto o resolución, podrá perseguir la responsabilidad administrativa del jefe que la dictó, o pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la República y de la Cámara de Diputados cuando se trate de decreto supremo”.

preventivo en el texto constitucional²⁸. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional cuando ha resuelto que no es inconstitucional que determinadas medidas contempladas en resoluciones administrativas pueden cumplirse antes de la toma de razón²⁹, y que puede disponerse el cumplimiento de una resolución antes de su toma de razón cuando, de esperarse, pueda resultar ineficaz³⁰; (d) Asimismo, la LBPA excluye del trámite de elaboración y dictación del acto al trámite de toma de razón. En efecto, las etapas de iniciación, instrucción y finalización no contemplan a la toma de razón. Esto explica que el inciso 2º del artículo 1 señala que este trámite se regulará por la CPR y la LOCCGR.

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

5. Tercera falacia: la toma de razón otorga presunción de legalidad a los actos administrativos

Se suele afirmar que la toma de razón origina la presunción de legalidad. Esta consistiría en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y constitucionales, que es perfecto, y que tiene, por tanto, valor y eficacia jurídica³¹.

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

En verdad, el problema central de la presunción es la carga de la prueba que proviene del efecto de la autotutela administrativa, a la cual en todo caso debemos reconocer ciertas restricciones³². En efecto, la presunción de legalidad, cuyo origen corresponde al derecho italiano, tiene efectos *iuris tantum*, no definitivos o *iuris et iure*, puesto que opera hasta que los interesados la destruyan, admitiendo por lo tanto prueba en contrario en todo tipo de procedimientos en lo que se discuta su validez. Ello significa asimismo que esta presunción de legalidad desplaza al ciudadano la carga de la prueba

²⁸ Sesión 322, p. 1709.

²⁹ STC Rol N° 22.

³⁰ STC Rol N° 64.

³¹ Vid. STC ROL N° 116, C 2 a 7.

³² Vid. entre otros GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 1995; LÓPEZ RAMÓN, F., "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", *RAP* N° 115, 1988. Entre nosotros, aunque radicalizando el argumento y expandiéndolo desde el origen regaliano [que no compartimos como punto de análisis], ARÓSTICA, I., "¿Qué queda de la presunción de legalidad?", *GJ* N° 134, 1991, pp. 7 y sgts.

de entablar la pertinente acción para evitar que el acto pueda considerarse consentido, e impidiendo así la presunción que beneficia a la Administración y la eficacia inmediata de aquél³³. Sin embargo, tal como se afirma esta expresión que pretendía explicar las causas jurídicas de la autotutela declarativa es técnicamente incorrecta: el que el acto se presuma válido no supone, necesariamente, que pueda modificar por sí solo, de modo autoritario, situaciones jurídicas de otros sujetos. La presunción, sólo expresa de modo bastante críptico, la imposición al destinatario del acto de la carga de recurrirlo si desea privarle de eficacia³⁴ - ³⁵.

6. Cuarta falacia: la toma de razón se aplica a los actos más importantes

La evidencia empírica demuestra que el efecto de la masiva exención de la toma de razón se ha traducido en que la toma de razón se concentra mayoritariamente, si no exclusivamente, en las materias vinculadas a personal.

En efecto, considerando la información estadística entregada por el órgano contralor desde 2002 al 2005, es posible ver que del total de materias objeto del trámite de toma de razón, el 88% de ellas se encuentra referida a materias de personal³⁶.

³³ GARCÍA MACHO, R., y BLASCO DÍAZ, J.L., "Autotutela Administrativa", en *Diccionario de Derecho Administrativo*, T. I., (Dir. Santiago Muñoz Machado), Iustel, Madrid, 2005, p. 297.

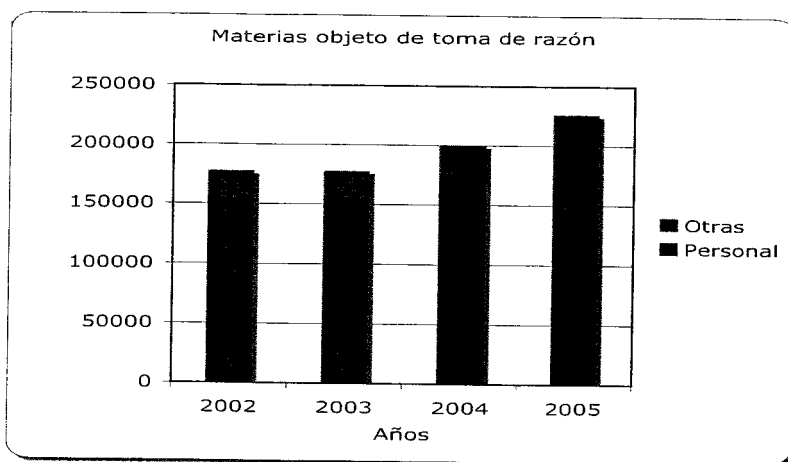
³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, T.II., Iustel, Madrid, 2004, p. 146.

³⁵ En el derecho chileno se entiende con habitualidad que la presunción de legalidad es equivalente a la presunción de validez. Si bien la LBPA se refiere a la primera, la doctrina y la jurisprudencia se refiere a ambas como sinónimos, lo que tiene efectos en el debate sobre la nulidad de derecho público y la invalidación. En este sentido ver JARA SCHNETTLER, J., *La nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Libromar, Santiago de Chile, 2004, pp. 125 a 139.

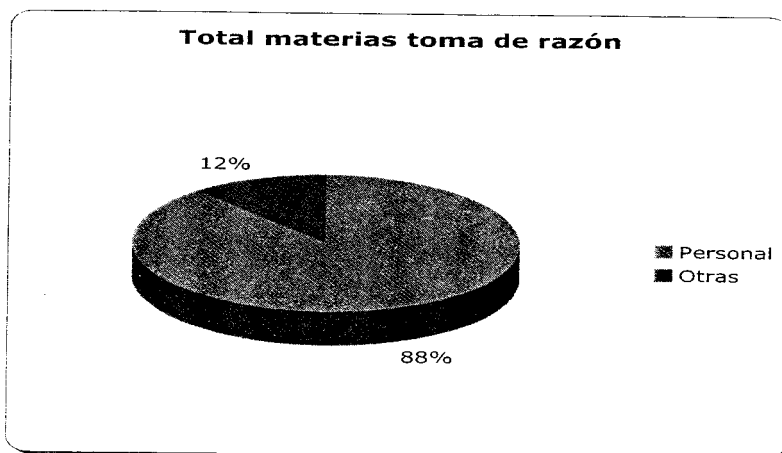
Sin embargo, como afirma REBOLLO PUIG, M., "La presunción de validez", *REDA* 128, 2005, pp. 596 y 600, "legalidad y validez son conceptos distintos, como distintos son la ilegalidad y la invalidez. Aunque la invalidez es consecuencia de la ilegalidad, no sólo son distintas sino que tienen alguna autonomía. Y es que, mientras que la ilegalidad entraña una simple confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, la invalidez es una consecuencia que el mismo ordenamiento prevé teniendo en cuenta muchos factores, intereses y valores jurídicos y que por ello no anuda siempre a toda ilegalidad, ni siquiera a las ilegalidades más graves. Sólo a algunas y en algunas condiciones formales y materiales. La invalidez es un régimen que el ordenamiento establece sólo para ciertas ilegalidades en ciertas circunstancias y condiciones". Más adelante señala que esto significa que si se constata la ilegalidad de un acto en una resolución administrativa (o, incluso judicial) para declarar una consecuencia jurídica distinta de la invalidez: ni es necesario para esa otra consecuencia que la invalidez esté declarada antes ni que se declare simultáneamente y es posible, incluso, que no se declare después. El acto en cuestión seguirá siendo presumido válido. Se habrá destruido la presunción de legalidad pero no la presunción de validez. Debe afirmarse, en suma, que los cauces para apreciar la ilegalidad de un acto -o sea, para destruir la presunción de legalidad- son más amplios y diversos que los que se admiten para destruir la presunción de validez; y que la presunción de validez es más fuerte o resistente que la presunción de legalidad".

³⁶ En el período estudiado se tomó razón de 782.423 actos administrativos objetos del trámite.

Cuadro N°2. Materias objeto de toma de razón por año.



Cuadro N°3. Materias objeto de toma de razón acumulado.



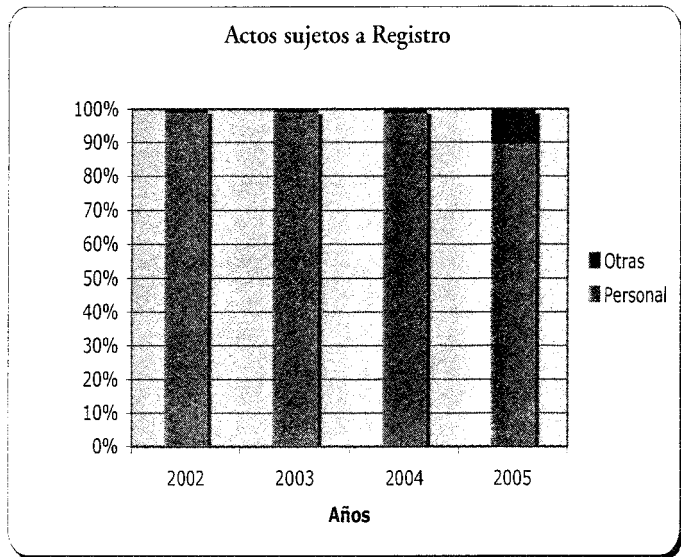
Elaboración propia a partir de memorias de la CGR.

Si a esto se agrega las materias que van al trámite de registro³⁷, a través del cual la Contraloría ha forzado un control de legalidad, la circunstancia es aún más evidente:

³⁷ El *registro* es un acto de ejecución material en virtud del cual la CGR incorpora a un registro público una relación detallada del contenido del acto administrativo de que se trate, que regularmente se encuentra vinculada a materias relativas a personal y dotación (SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 206). El problema central que se ha planteado es si mediante el trámite del registro puede la CGR ejercer un control de legalidad. Según la jurisprudencia administrativa esto es posible como consecuencia de que el velar por la legalidad del comportamiento administrativo es una competencia genérica de la Contraloría, toda vez que "la circunstancia de que el registro consista en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros de personal que este organismo fiscalizador lleva, no excluye, en caso alguno, el ejercicio de control de legalidad sobre el mismo, el que puede realizarse de un modo anterior, simultáneo o posterior a dicho trámite" (Dictamen N° 28372, de 2003).

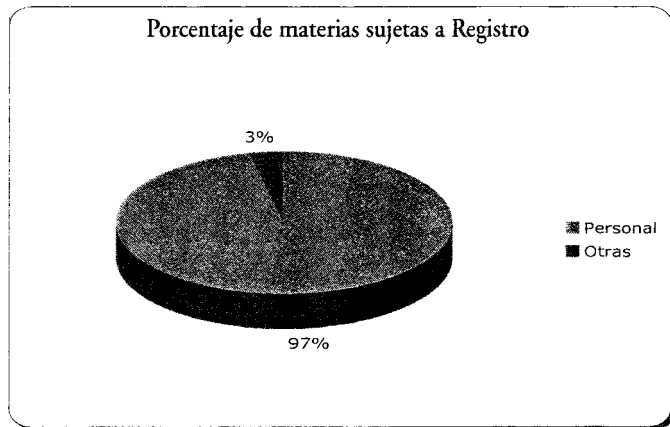
el 97% de las materias que van a registro se refieren a personal³⁸.

Cuadro N°4. Materias objeto de registro por año



Elaboración propia a partir de memorias de la CGR

Cuadro N°5. Materias objeto de registro acumulado.



Elaboración propia a partir de memorias de la CGR

³⁸ El total de registro del período investigado es 943.999 actos administrativos.

La evidencia demuestra que el control de legalidad de los actos mayoritariamente se encuentra focalizado en materias de personal. Si esto es así, lo razonable es buscar herramientas diferentes para abordar estas materias.

En este sentido, desde la dictación de la ley N° 19.882, se estableció entre nosotros el denominado “Servicio Civil”, cuya función esencial era focalizar los aspectos de recursos humanos para el sector público. Resulta interesante explorar, qué materias de las tantas sometidas a toma de razón y registro, pueden excluirse de este trámite y quedar sujetas a los aspectos asociados a gestión de personal en el Estado. Esto debiese ser materia de otra investigación, pero a lo menos intuimos que muchas de ellas no tienen sentido en el órgano contralor.

7. Algunas conclusiones

Resulta adecuado afirmar que hoy más que nunca resulta indispensable discutir sobre la CGR, su rol y competencias, pues curiosamente pese a su gran protagonismo constitucional (es una autonomía regulada en la CPR), no ha ingresado en ninguna de las etapas de los procesos de reforma del Estado.

En este sentido, la toma de razón, instrumento más representativo de la competencia de control del órgano contralor, está sustentado en cuatro argumentos que son falaces desde el punto de vista jurídico, pero también desde la evidencia empírica, de manera tal que parece adecuado rediseñar su contenido y no seguir apreciándola como un verdadero dogma de fe. En nuestra opinión hay suficientes argumentos para cuestionar su utilidad, dado que nada indica que su actual funcionamiento sea verdaderamente útil (en términos agregados), para el funcionamiento de la Administración, en el sentido de que al existir poderosa evidencia que demuestra en qué lugar está concentrado este control de legalidad (personal), hay otros instrumentos más adecuados que la toma de razón para su solución.

Sin embargo, es necesario tener cuidado con algunas intenciones de reforma del órgano contralor, aun en el supuesto de eliminar la toma de razón. En efecto, la CGR ha tenido un rol estabilizador básico en la Administración Pública chilena, sobre todo ante la ausencia de regulación normativa. Y este rol estabilizador lo ha jugado a través de sus competencias de “interpretación de la ley administrativa”³⁹. Debe recordarse que de conformidad a la LOCCGR “sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría

³⁹ En cumplimiento de esta facultad la CGR debe interpretar las normas legales y ejercer un control de legalidad, mediante la emisión de dictámenes obligatorios, los que deben ser cumplidos, sin perjuicio de que el Servicio y/o las personas afectadas con dicho pronunciamiento, puedan solicitar reconsideración de él, mecanismo administrativo normal para revisar las decisiones de este Ente Fiscalizador. Dictamen N° 31.581, de 2005.

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

General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa” (art. 6º).⁴⁰

Este rol estabilizador ha significado que la Contraloría norme algunas situaciones. Así sucedió, entre otras materias, con las reglas de probidad administrativa y con la regulación de los contratos a honorarios en el sector público, asuntos que tuvieron una regulación detallada (vía dictaminación) mucho antes de que el legislador tomara una decisión al respecto. Esta forma de intervenir ha sido positiva, pero a través de ella la CGR también ha expandido sus competencias a materias en donde las decisiones son difíciles de diferenciar de aquellas que corresponden a la Administración activa. Urbanismo y Medio Ambiente, son dos de las materias en las cuales estos riesgos han sido más evidentes⁴¹.

Además el modelo tras el cual ha descansado el sistema jurisprudencial de la CGR desde su origen se ha basado en el modelo francés, por lo menos eso es lo que se ha buscado. Si esto es lo que está detrás, entonces parece razonable preguntarse cuánto de actividad jurisdiccional se encuentra en el ejercicio de esta competencia, considerando que las facultades están establecidas para casos particulares. Si se utiliza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para tratar de precisar el contenido de la función jurisdiccional, la respuesta sigue siendo ambigua⁴².

En síntesis, pensar el futuro de la CGR exige reflexionar inevitablemente el sistema de control al cual se debe someter la Administración, y en particular la manera en que debemos enfrentar la toma de razón y su utilidad, mirando el rol del órgano contralor y la particularidad de su origen y desarrollo.

limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”. Dictamen Nº 2406, de 1998.

⁴⁰ Por su parte el artículo 19 de la LOCCGR, tiene un contenido imperativo al señalar que “Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

El número de dictámenes por años es bastante apreciable, considerando su contenido normativo: el 2002 se emitieron 15.782; el 2003, 20.012; el 2004, 20.477, y el 2005, 23.722.

⁴¹ Los casos Santa Rosa de Las Condes (CA, Santiago, Rol Nº 8344-2005); Sporting de Viña, (CA, Santiago Rol Nº 531-2006), Sagrados Corazones (CA, Santiago Rol Nº 811 - 2006) y Plaza Las Lilas (CA, Santiago Rol Nº 3137, 2006), son el mejor ejemplo de cómo se ha manifestado la tensión que enunciamos. En todos casos, la Corte Suprema confirmó las sentencias de la Corte de Apelaciones mediante las cuales objetaba al órgano contralor que al pronunciarse sobre competencias privativas de la autoridad administrativa, se encontraba sustituyendo a la Administración activa.

Concretamente afirman, con diferentes matices, que “el control de legalidad de la Contraloría General de la República debe efectuar de los actos de la administración es de carácter formal. En consecuencia, no puede entrar a analizar aspectos sustantivos que han sido conocidos y decididos por órganos de la administración que se encuentran legalmente facultados para ello, más aún si la decisión se ha adoptado previo cumplimiento de los procedimientos legales que precisamente garantizan la transparencia y publicidad que requieren los actos administrativos”.

⁴² Ver SSTC Roles Nº 124; 165; 176; 214; 309; 346; 386; 472; 499; 502; 504; 515 y 555.

