

Control de legalidad y procedimiento de toma de razón*

ENRIQUE RAJEVIC

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Política Territorial y Urbanística por la Universidad Carlos III de Madrid y Ph.D. © en Derecho por la misma Universidad. Ha ocupado diversos cargos en el sector público, entre los que destacan el de asesor de la Secretaría Ejecutiva de la Agenda de Transparencia y Probidad de la Presidencia de la República, el de Jefe de Gabinete del ministro de Vivienda y Urbanismo de Chile y el de abogado en la División de Modernización de la Gestión Pública del ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile. Actualmente es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Alberto Hurtado y director Jurídico del Consejo para la Transparencia.

MARÍA FERNANDA GARCÉS

Abogado de la Universidad de Chile y diplomado en la Reforma Procesal Penal de la misma universidad. Diplomado en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente es directora del Programa Regional y es parte del Programa de Asesoría Legislativa, ambos del Instituto Libertad.

La toma de razón (TR): diagnóstico del rol que desempeña en el sistema de control chileno

Breve descripción del trámite de toma de razón

La toma de razón puede definirse como un control jurídico previo, general y obligatorio, de la legalidad y constitucionalidad de los Decretos, Decretos con Fuerza de Ley (DFL) y Resoluciones, que realiza la CGR (Aróstica, 1991).

- a. Es un control preventivo. Opera antes de la existencia del acto administrativo, según algunos —como una fase de su elaboración— (v. gr. Soto K., 1977: 176), mientras que para otros constituye solo un trámite necesario para su eficacia (v. gr. Cordero V., 2007: 70). Como sea, para ambas posturas representa un control previo a la ejecución del acto, salvo en el caso de los llamados actos de aplicación inmediata.¹
- b. Es, en principio, un control *general* y *obligatorio* porque la Constitución Política de la República (CPR) lo extiende a los actos de la Administración (artículo 98) y a los DFL (artículo 64, inc. 6°), tal como hace el artículo 17 del DFL. 7912 (D.O. 5.12.1927), o Ley de Ministerios, en el caso de los Decretos Supremos.

* Los autores desean agradecer los comentarios formulados al esquema inicial de este trabajo por el Contralor General, don Ramiro Mendoza Z., y a la versión preliminar de este texto por Alejandro Ferreiro Y., Raúl Letelier W. y José M. Valdivia, así como la información entregada por Yolanda Godoy U., Jeannette Tapia F. y Matías Daneri B. para elaborar algunas tablas. Ninguna de las personas nombradas son, por cierto, responsables del resultado final y de las opiniones aquí consignadas.

1. En estos se pospone la toma de razón, pues el artículo 10, inc. 7°, de la Ley Orgánica Constitucional de la CGR o LOCCGR (cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado fue fijado por el DS.

Solo se excluyen:

- Las instrucciones, oficios, órdenes ministeriales o dictámenes que no son resoluciones ni decretos (no los incluye ni el artículo 99 de la CPR ni el artículo 10 de la LOCCGR; Aróstica, 1991: 153-4).
- Los actos exentos en virtud de:
 - Leyes especiales, como el artículo 53, inc. 1º, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades,² que declara que “las resoluciones que dicten las municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón”, o el artículo 43, inc. final, de la Ley de Transparencia,³ que exime de toma de razón a las resoluciones de este Consejo.
 - Una resolución de la propia CGR (actualmente la Res. 1.600/2008), dictada conforme el artículo 10, incs. 5º y 6º, de su Ley Orgánica, que exime los actos referidos a materias que ésta no considera esenciales (salvo los decretos supremos firmados directamente por el/la Presidente/a, como los reglamentarios, pues en tal caso la ley impide esta exención). Cabe señalar que esta resolución es la principal fuente de exclusión de la toma de razón llevando a que –como veremos más adelante–, en la práctica, la mayoría de los actos administrativos estén exentos de toma de razón.

Sometido un acto a toma de razón Contraloría tiene 15 días para emitir su pronunciamiento, que puede prorrogar por otros 15 (artículo 10, inc. 1º, LOCCGR). Las actitudes que puede adoptar CGR son:

- a. *Tomar razón sin más*, decisión que materialmente se exterioriza estampando en el acto un timbre que dice “Contraloría General de la República – Tomado Razón”;
- b. *Tomar razón con alcance*, esto es, añadir a la toma de razón una observación sobre el contenido del acto llamada “alcance”, que lo complementa o, incluso, rectifica, y que debe ser respetada en su interpretación y aplicación (Soto K., 2006);
- c. *Representar el acto*, esto es, negarse a tomar razón del acto por estimar que es ilegal o inconstitucional. En este caso el Presidente de la República puede forzar la toma de razón a través del “decreto de insistencia” (artículo 99 CPR), salvo en algunas materias en que su única opción es recurrir al Tribunal Constitucional;

2421/1964, de Hacienda, D.O. 10.07.1964) faculta al Contralor General para “por resolución fundada, autorizar que se cumplan antes de su toma de razón los decretos o resoluciones 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”.

2. Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL 1/2006, SUBDERE (D.O. 26.07.2006).
3. Aprobada por el artículo primero de la Ley 20.285 (D.O. 20.08.2008).

d. *Observar el acto*, vale decir, señalar al organismo respectivo que tiene reparos sobre su constitucionalidad y legalidad abriendo un espacio de diálogo con la Administración, donde ésta puede hacer cambiar de opinión a CGR o, a la inversa, ser convencida y modificar el acto.⁴ Se trata de un procedimiento que no está regulado en ningún sitio, y que explica las a veces largas demoras entre la fecha de un acto administrativo y su toma de razón.

La toma de razón produce los siguientes efectos (Aróstica, 1991: 161-168; Carmona: 2004: 17-8):

- Permite proseguir el procedimiento de dictación del acto con su notificación o publicación, que le dará eficacia respecto de terceros (artículo 51, inc. final, Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos o LBPA, D.O. 27.06.2003).
- Provoca el desasimio de Contraloría, que ya no puede volver sobre la materia resuelta y revocar o invalidar lo decidido para ese caso concreto (entre otros, DCGR números 11.733/2009, 11.724/2004, 25.768/1995 y 30.117/1993).
- Reafirma la presunción de legalidad del acto concreto que exige a los órganos públicos darles cumplimiento (entre otros, DCGR números 45.927/2008, 35.617/2006 y 17.799/1990). Esta presunción puede ser destruida por una sentencia judicial que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo, constituyendo más bien un desplazamiento de la carga de la prueba contra el particular. Desde 2003 este efecto está reconocido en el artículo 3° de la LBPA, al margen de la toma de razón (de allí que solo reafirme –y no genere– tal presunción).

Origen y desarrollo de la toma de razón

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la expresión tomar razón significa “Asentar una partida en cuenta o hacer constar en un registro lo que en él debe copiarse, inscribirse o anotarse”.⁵ Se trata de un acto material que, en sí mismo, no constituye un control y que parece coincidir con la noción decimonónica de toma de razón en Chile. Aldunate, comentando la Ley de 22 de diciembre de 1875, sobre organización de las oficinas de Hacienda (especialmente su artículo 2° N° 7), la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 24 de enero de 1888 y algunos casos prácticos destaca que “las nociones de anotación, registro y toma de razón no se encuentran precisamente diferenciadas, usándose de manera indistinta... La toma de razón, en este periodo, no va esencialmente asociada a un control de legalidad del acto sometido a este trámite, y consiste en esencia en la incorporación del mismo al Registro del respectivo órgano... no

4. Una situación de este tipo en el DCGR 35.617/2006.

5. El Diccionario recoge esta expresión en la definición de razón: “**tomar** ~, **o la** ~. 1. frs. Asentar una partida en cuenta o hacer constar en un registro lo que en él debe copiarse, inscribirse o anotarse”. RAE. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed. Madrid: Espasa, 2001, p. 1904.

resulta posible entender una toma de razón como control de legalidad de las ‘leyes’ o de las ‘sentencias judiciales’, como lo ordenan esos cuerpos normativos” (Aldunate, 2005: 21–22).

Lo anterior puede remontarse al DFL que, el 18 de mayo de 1839, aprobó la Ordenanza de la Contaduría Mayor y el Tribunal Superior de Cuentas, pues atribuyó al “Contador Mayor” la facultad de tomar razón de leyes, reglamentos, decretos “...i de cuantas disposiciones gubernativas tengan relación con la Hacienda pública” (artículo 3º Nº 6), indicando el artículo 10 que debían existir “...el número de libros que fuese necesario para tomar razón de las leyes, reglamentos, órdenes...”.⁶

La recopilación de dictámenes de Valentín Letelier, Fiscal del Tribunal de Cuentas entre 1891 y 1918, parece confirmar que el ámbito de la toma de razón se restringía entonces a asuntos patrimoniales y funcionariales (Cfr. Rajevic, 2007: 46–47).

Será en 1927 cuando este panorama cambiará. Ese año el DFL 400 bis⁷ crea a la CGR basándose en un proyecto de la misión Kemmerer o, más bien, en una deficiente traducción de ese texto.⁸ Nueve meses más tarde el DFL 2960/1927,⁹ amplió el giro del nuevo organismo encargándole controlar la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos (artículo 8º),¹⁰ tareas que recoge el DL 258/1932¹¹ y que mantendrá este organismo hasta la actualidad.

En 1943 la CGR queda reconocida como organismo autónomo en la Constitución,¹² atribuyéndosele el control contable y las funciones “que le encomiende la

6. También aparece aquí la facultad para “representar” las resoluciones “si fueren contrarias a lo que disponen la Constitución (sic) i leyes fiscales” (artículo 3º Nº 7), debiendo tomar razón de ellas “cuando por segunda vez lo ordenare el Presidente de la República” (artículo 3º Nº 8) dando cuenta de ello a “los Presidentes de las Cámaras legislativas” (artículo 3º Nº 9).

7. 26.03.1927.

8. El informe de la Comisión que el obierno designó para informar este proyecto y que redactaría el proyecto aprobado por el DFL 400 bis señala “que solo ha tenido a la vista la traducción española del Proyecto de Ley, traducción que es muy deficiente, de lo que proviene, sin duda, la falta de claridad e incongruencia de algunas de sus disposiciones que la Comisión ha redactado de nuevo, interpretando la mente y los propósitos del autor del proyecto. No ha sido posible encontrar el original inglés, a pesar de las gestiones hechas con ese objeto”. Versión facsimilar del Informe de la Comisión, presidida por el entonces superintendente de Bancos Julio Philippi, de 16.03.1927, en Pinto, Méndez y Vergara, 1977: 11.

9. 30.12.1927.

10. Ello sigue la orientación adoptada, pocos días antes, por el artículo 17 del DFL. 7912 o “Ley de Ministerios” (D.O. 05.12.1927). El DS 162, de Hacienda, 27.01.1928, creó el Departamento Jurídico de la Contraloría (artículo 9º).

11. D.O. 26.07.1932. Este DL. contiene en su artículo 1º los fines de la CGR en la redacción actual de la Ley Orgánica de la CGR y la facultad para informar a los órganos de la Administración en las materias de su competencia, dando a tales informes valor obligatorio en el caso concreto a que se refieren (artículo 7º, inc. 3º). Parece ser el inicio de la actividad dictaminante de la CGR. Puede verse también el DS. 935, orgánico y de servicios de la CGR (D.O. 20.04.1933).

12. Ley de Reforma Constitucional 7.727 (D.O. 23.11.1943). Pantoja señala que originalmente la CGR fue concebida como un “organismo dependiente del gobierno, llamado a entenderse con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda” (Pantoja B., 2005: 63). En abono de lo anterior cabe recordar que en el DFL 400 bis se nombra como primer Contralor... al Ministro de Hacienda, en calidad de interino Hay que admitir que pocos años después el DL Nº258/1932 califica a la CGR como “independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado” (artículo 1º).

ley”.¹³ La Ley 9.687, de 1950,¹⁴ establece que el título de abogado será requisito para ser Contralor y Subcontralor, lo que viene a reforzar el rol jurídico de este organismo. En 1952 se dicta la Ley 10.336,¹⁵ que agrega el acuerdo del Senado para el nombramiento del Contralor —hasta entonces nombrado directamente por el Presidente de la República, si bien con inamovilidad desde el DL 258, de 1932—¹⁶ y entrega a la CGR el monopolio de informar en derecho una serie de materias, constituyendo sus decisiones y dictámenes la única fuente de la jurisprudencia administrativa en aquéllas, fortaleciendo decisivamente su función jurídica (artículo 8º). El texto de esta ley será coordinado, refundido y sistematizado por el DS 2421/1964, de Hacienda (actual Ley Orgánica Constitucional de la CGR en virtud de la disposición cuarta transitoria de la CPR).¹⁷

La Constitución en vigor, de 1980, dedica uno de sus capítulos a la CGR recogiendo expresamente entre sus funciones la de controlar la legalidad de los actos administrativos (actual artículo 98) y añadiendo que en “ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer” (actual artículo 99).

13. La toma de razón es mencionada de forma bastante imprecisa en el tercero de los incisos añadidos al artículo 21, de forma tal que perfectamente podría haber sido restringida por la ley a aspectos puramente presupuestarios.

14. D.O. 21.09.1950.

15. D.O. 29.05.1952.

16. Conforme el artículo 5º de este DL “El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia...”. El artículo 10 del DS 935/1933 dispuso que la remoción del contralor correspondía al Presidente de la República, previa resolución judicial firme que lo permitiese dictada en la forma establecida para los juicios de inamovilidad seguidos contra miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, por las causales señaladas para los ministros de la Corte Suprema.

17. D.O. 10.07.1964. R. Pantoja ha señalado que este texto refundido fue redactado por personal de la propia CGR que, al cumplir este cometido, amplió sus atribuciones de control, extendiéndolas con carácter general a todo asunto de naturaleza administrativa. Esto, en síntesis, “...implicó transformar la competencia de fiscalización por atribución que ejercía hasta entonces la Contraloría General, en una competencia contralora por naturaleza, es decir, se operó el cambio de un sistema de atribuciones taxativas de organismos y actos a un sistema de atribuciones abierto a todo asunto que denotara naturaleza administrativa, al margen de su denominación específica” (Pantoja B., 2005: 66).

La toma de razón en cifras

Para tener una noción de la extensión y potencial efecto que tiene la toma de razón sobre la gestión pública revisaremos algunas cifras que dan cuenta de ello.

TABLA 1
Actos Administrativos (A/A) afectados a TR y exentos 2005-2008

AÑO	A/A afectados TR en materias no personal	A/A afectados TR en materia personal	Total A/A afectados TR	A/A exentos TR en materia	Total A/A personal
2008	31.090 (9%)	319.512 (91%)	350.602 (61%)	222.584 (39%)	573.906
2007	24.104 (9%)	232.129 (91%)	256.233 (55%)	207.941 (45%)	464.174
2006	28.615 (11%)	225.325 (89%)	253.940 (51%)	240.583 (49%)	494.523
2005	21.908 (10%)	194.613 (90%)	216.521 (47%)	246.553 (53%)	463.074

Fuente: Cuentas Públicas anuales de la Contraloría General de la República

La tabla 1 presenta un panorama de la cantidad de actos sujetos a toma de razón y los exentos de ella. Hay tres aspectos que conviene reportar. Primero, la importancia que tienen dentro del total de actos los referidos a personal. Si nos centramos en los actos sujetos a toma de razón podemos ver que, en promedio, durante los últimos cuatro años el 90 por ciento de ellos se refiere a asuntos relativos a personal (contrataciones o nombramientos de personas naturales, prórrogas de dichos contratos, aplicación de medidas disciplinarias, etc.); apenas un 10 por ciento dice relación con otras materias como revisión de reglamentos o contrataciones de bienes o servicios. El segundo aspecto a destacar es la cantidad de actos exentos de toma de razón. Dado que Contraloría no informa cuántos actos son exentos en materias que no sean de personal (pues en principio no lo sabe) nos limitamos a construir una cifra con el total de actos cuantificados en las cuentas públicas de Contraloría, lo que lleva a que la cantidad de actos sujetos a toma de razón dentro del total sea apenas superior a la cantidad de actos exentos: un promedio de 54 por ciento afectados sobre un 46 por ciento exentos. El tercer elemento importante es el crecimiento anual de los actos respecto del año anterior en 2006 (17 por ciento) y 2008 (37 por ciento). Si lo medimos entre 2008 y 2005 el crecimiento es de un 62 por ciento.

TABLA 2
A/A afectos a TR en materias que no incluyen personal 2005-2008

Año	Tomados razón		Cursado c/alcance		Devueltos sin tramitar		Retirados	
	NC	NR	NC	NR	NC	NR	NC	NR
2008	12.941	10.522	1.230	1.402	777	2.261	1.812	145
	TOTAL	23.463	TOTAL	2.632	TOTAL	3.038	TOTAL	1.957
	TOTAL		26.095		TOTAL		4.995	
	TOTAL 31.090							
2007	11.851	8.823	314	1.138	220	899	712	147
	TOTAL	20.674	TOTAL	1.452	TOTAL	1.119	TOTAL	859
	TOTAL		22.126		TOTAL		1.978	
	TOTAL 24.104							
2006	Cursados				Representados y retirados			
	26.069				2.546			
	TOTAL 28.615							
2005	Cursados				Representados y retirados			
	19.648				2.260			
	TOTAL 21.908							

Fuente: Cuentas Públicas anuales de la Contraloría General de la República¹⁸

TABLA 3
A/A en materia de personal afectos y exentos de TR 2005-2008

Año	Afectos a toma de razón		Exentos toma de razón	
	Cursados	Retirados y devueltos sin tramitar	Exentos y registrados	Exentos retirados o devueltos sin tramitar
2008	306.432	13.080	216.503	6.081
	TOTAL		TOTAL	
	319.512		222.584	
	TOTAL 542.096			
2007	221.898	10.231	199.359	8.582
	TOTAL		TOTAL	
	232.129		207.941	
	TOTAL 440.070			
2006	216.176	9.149	225.208	15.375
	TOTAL		TOTAL	
	225.325		240.583	
	TOTAL 465.908			
2005	189.499	5.134	238.100	8.453
	TOTAL		TOTAL	
	194.633		246.553	
	TOTAL 441.186			

Fuente: Contraloría General de la República

18. Cabe señalar que el tratamiento que CGR ha dado cada año a los datos no ha sido uniforme y se ha perfeccionado con los años. Así, solo respecto de 2007 y 2008 encontramos información desagregada por: i) estado de tramitación de los actos administrativos afectos a TR y, solo en la última cuenta de 2008, ii) por nivel central (NC) y nivel regional (NR). Para los años anteriores (2006-2005), los datos se muestran tal como los entregó la CGR.

Las tablas 2 y 3 contienen un análisis más fino de los actos sujetos a toma de razón en materias que no son personal. Como se ve, en ambos grupos el porcentaje de actos afectos a toma de razón que sortean con éxito este trámite es ampliamente mayoritario. Los actos retirados y devueltos sin tramitar en las materias ajenas a personal oscilan entre un 8 y un 16 por ciento del total, con un promedio de 11 por ciento. En otras palabras, en promedio el 89 por ciento de los actos sujetos a toma de razón la obtienen. En el caso de personal es el 96 por ciento, pues el retiro o devolución apenas llega al 4 por ciento promedio.

Lo anterior debe complementarse con otro dato sugestivo: el último decreto de insistencia dictado por el ejecutivo es de 1990, de manera que en los últimos 19 años ningún gobierno se ha sentido impulsado a emplear esta herramienta que le permitiría dictar un acto administrativo que CGR estimó ilegal.¹⁹ Uno de los factores que explica este hecho es, probablemente, el bajo índice de actos devueltos/representados y retirados.

19. Se trata del DS. 647/1990, del M. de Educación (D.O. 04.09.1990), por el cual el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, ordenó a la CGR tomar razón del DS 600/1990, también del Ministerio de Educación, que removía a la rectora de una Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación (D.O. 04.09.1990).

TABLA 4
A/A en ciertos ministerios y servicios públicos

Decretos y Resoluciones del Ministerio de Vivienda y Urbanismo										
	2004		2005		2006		2007		2008	
Res. Exentas	5.946	89,8%	5.144	89,3%	5.242	88,2%	7.187	91,6%	8.817	90,4%
Res. Ex. publicadas	81	1,2%	75	1,3%	42	0,7%	122	1,6%	143	1,5%
Res. Afectas	673	10,2%	616	10,7%	701	11,8%	659	8,4%	937	9,6%
Res. Afectas publicadas	24	0,4%	5	0,1%	2	0,0%	3	0,0%	0	0,0%
Total resoluciones	6.619		5.760		5.943		7.846		9.754	
DS. exentos	201	52,3%	301	57,2%	488	60,0%	745	73,3%	887	81,6%
Publicados	5	1,3%	3	0,6%	0	0,0%	0	0,0%	9	0,8%
DS. Afectos	183	47,7%	225	42,8%	326	40,0%	272	26,7%	200	18,4%
DS. Afectos publicados	31	8,1%	23	4,4%	27	3,3%	30	2,9%	34	3,1%
TOTAL D.S.	384		526		814		1.017		1.087	
Resoluciones del Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano										
	2004		2005		2006		2007		2008	
Exentas	6.655	88,1%	7.161	92,3%	7.566	88,4%	7.877	87,2%	8.499	87,3%
Exentas Publicadas	3	0,0%	4	0,1%	187	2,2%	11	0,1%	90	0,9%
Afectas	897	11,9%	600	7,7%	990	11,6%	1.157	12,8%	1.240	12,7%
Afectas Publicadas	311	4,1%	27	0,3%	186	2,2%	427	4,7%	257	2,6%
TOTAL	7.552		7.761		8.556		9.034		9.739	
Decretos del MOP										
		2008		2009*						
DS. Exentos		1.468	60,09%	946	58,40%					
DS. Afectos		975	39,91%	674	41,60%					
TOTAL D.S.		2.443		1.620						
* Hasta el 02-07-2009										
Resoluciones Dirección General de Obras Públicas (MOP)										
		2008		2009*						
Res. Exentas		3.793	88,77%	3.014	94,90%					
Res. Afectas		480	11,23%	162	5,10%					
TOTAL		4.273		3.176						
* Hasta el 02-07-2009										
Resoluciones Dirección de Vialidad (MOP)										
		2008		2009*						
Res. Exentas		8.623	86,11%	2.904	85,97%					
Res. Afectas		1.391	13,89%	474	14,03%					
TOTAL		10.014		3.378						
* Hasta el 02.07.2009										

Fuente: Información proporcionada por los propios ministerios, elaboración personal

La tabla 4 aborda otra perspectiva: qué parte de los actos dictados por una muestra de servicios públicos está afecta a toma de razón. De su revisión se desprende que tratándose de decretos supremos del MINVU existe una progresiva reducción del porcentaje afecto a toma de razón durante el último quinquenio, al punto que de una exención del 52,3 por ciento en 2004 se pase al 81,6 por ciento en 2008. Las cifras del MOP son menos categóricas pero exhiben una exención de cerca del 60 por ciento. Con todo, la disminución del porcentaje no quita que en términos de cifras absolutas la cantidad de actos sujetos a control siga creciendo, como ya indicamos precedentemente.

Si revisamos la situación de las resoluciones la situación parece más estable. En efecto, en todos los casos la exención se acerca al 90 por ciento de los actos (ligemente menos en la Dirección de Vialidad). La menor tasa de exención en los decretos puede deberse a que el artículo 10, inc. 5°, no permite que el Contralor incluya dentro de los actos exentos los decretos supremos firmados directamente por el/la Presidente de la República, entre los cuales se encuentran todos los decretos supremos reglamentarios (conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– rol 153, de 25.01.1993).

Una conclusión semejante obtuvo Cordero al revisar una muestra de actos publicados en el Diario Oficial entre enero de 1999 y diciembre de 2006. El resultado fue que el 83 por ciento de las resoluciones y el 78 por ciento de los decretos publicadas/os estaban exentas/os de toma de razón (Cordero, 2007b: 158).

Aunque estas últimas cifras sean parciales es probable que representen una tendencia, a saber, que la gran mayoría de los actos administrativos están exentos de la toma de razón (en resoluciones casi el 90 por ciento y en decretos entre el 58,4 y el 81,6 por ciento) y que, dentro de los actos afectos a este trámite, la gran mayoría obtiene un resultado favorable.

Otro aspecto que nos interesaba reportar era la duración efectiva del proceso de toma de razón, pero no fue posible dado que CGR no proporciona este dato en su cuenta pública y levantarlo excedía de nuestras posibilidades. Ya mencionamos que la ley establece un plazo de 15 días prorrogable por otros quince, a los que no se aplica el silencio positivo, pues el inciso 2° del artículo 1° de la LBPA excluye a la TR de su regulación.²⁰ En ese contexto el plazo suele extenderse en el proceso de observaciones y los organismos públicos no tienen incentivos para insistir en el cumplimiento del plazo. En efecto, de hacerlo es probable que el resultado sería una devolución, vale decir, una representación. La práctica es retirar el acto e iniciar un proceso de conversaciones que puede alargarse manteniéndose la numeración del acto, que conserva la misma carátula cambiándose

20. El inciso primero declara el carácter general y supletorio de esta ley. El segundo establece, a modo de excepción: “La toma de razón de los actos de la Administración del Estado se regirán por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República”.

solo las hojas de su interior según resulte necesario para lograr la toma de razón, cambios que Contraloría acepta en tanto vengan refrendados por la firma del Jefe de Servicio. Los propios organismos públicos pueden contribuir a dilatar el plazo demorando el ingreso, retiro o reingreso de los actos, esto último dependiendo de la mayor o menor complejidad que suponga evaluar las observaciones formuladas. Véase, como ejemplo, el actual Estatuto Administrativo. Refundido por un DFL fechado el 16 de junio de 2004 (pocos días antes de la fecha límite para su dictación, el 23 de junio),²¹ recién obtiene toma de razón el 3 de marzo de 2005 –¡ocho meses y medio desde su fecha de dictación!– y es publicado en el Diario Oficial de 16 de marzo de 2005. O el Reglamento de la llamada Ley de Compras, fechado el 9 de marzo de 2004, con toma de razón el 13 de septiembre del mismo año –algo más de seis meses tras su dictación– y publicado en el Diario Oficial de 24 de septiembre de 2004.²²

El objeto de la toma de razón

¿Qué es lo que controla el trámite de toma de razón? En otras palabras, ¿cuál es el padrón que emplea Contraloría para contrastar los actos sujetos a este trámite?

El primer punto que debe señalarse es que, según la Constitución, este trámite constituye un “ejercicio de la función de control de legalidad” (artículo 99). Sin embargo, el penúltimo inciso de la misma norma se refiere a la representación de un acto “por ser contrario a la Constitución”, lo que refuerzan los artículos 1° y 10, inc. 1°, de la LOCCGR.²³ En consecuencia, Contraloría verificaría tanto que los actos de la Administración se ajusten a las leyes como a la Constitución –siguiendo la idea de un ordenamiento jerárquico– y con un carácter general, vale decir, no se trata tan solo de un examen restringido a aspectos presupuestarios o financieros.

Hay solo un límite a este control: se trata del establecido por el artículo 21 b) de la LOCCGR, añadido por la Ley 19.817, de 2002,²⁴ a saber, que CGR “...con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”. Basándose en esta norma se ha planteado que las atribuciones de la CGR deberían reducirse a un puro control de forma. La Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado en sentencias recientes –a propósito de recursos interpuestos contra

21. Se trata del DFL. 29/2004, de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo aprobado por la Ley 18.834. El artículo décimo transitorio de la Ley 19.882, de 2003, autorizó la dictación de este DFL. “dentro del plazo de un año contado desde la publicación de la presente ley”, que fue el 23 de junio de 2003.

22. Se trata del DS. 250/2004, de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (D.O. 30.07.2003).

23. El primero dispone que la CGR debe “...pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los jefes de servicio, que deben tramitarse por la Contraloría General...”. El segundo señala que el contralor puede representar “la inconstitucionalidad o ilegalidad” de los actos administrativos.

24. D.O. 26.07.2002.

dictámenes de la CGR y no la TR de un acto, pero con razonamientos que pueden extenderse sin dificultad a la TR- que “...el control de legalidad de los actos de la Administración que la Contraloría realiza en uso de sus facultades constitucionales y legales, debe ser exclusivamente formal”,²⁵ criterio que estaba siendo validado por la Corte Suprema (p. ej., sentencia rol 2008-2007, de 18.07.2007) hasta la sentencia rol 4880-2008, de 06.11.2008, que ha venido a establecer que la prohibición de evaluar aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas debe relacionarse “con el artículo 52 de la Ley de Administración Financiera del Estado (DL 1263/1975) que remite a la propia Administración activa la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos”.

En otras palabras, el objetivo buscado por esta norma sería evitar que la CGR sustituya al Ejecutivo en los juicios de oportunidad, de naturaleza eminentemente política. Con todo, esta prohibición debiera entenderse restrictivamente pues entendida de manera amplia implicaría que Contraloría no podría controlar el ejercicio de los elementos discrecionales de las potestades (en semejante sentido Aróstica, 2007: 138).²⁶

Cabe señalar que en su versión original el artículo 52 del DL 1.263/1975,²⁷ Ley Orgánica de Administración Presupuestaria del Estado, señalaba que la CGR ejercería el control financiero del Estado mediante auditorías operativas que fiscalizarían “los costos, rendimientos y resultados de la inversión de los recursos y de las recaudaciones de los ingresos del Estado o de las entradas propias de las instituciones y servicios públicos”. Esta norma fue reemplazada dos años más tarde por la actual,²⁸ que limita este control a “fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos”, agregando que “La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”.

Si unimos lo anterior a la prohibición del artículo 21 bis de la LOCCGR podríamos llegar a una interpretación muy debilitada del control de legalidad que corresponde a CGR y que sería deseable corregir –las conclusiones de este trabajo propone algunas ideas en lo relativo al control ex ante– o complementar

25. Véase el considerando 14 de la sentencia de la Primera Sala de este Tribunal Rol 531-06, de 08.08.2006 (Caso Valparaíso Sporting Club).

26. La jurisprudencia de Contraloría demuestra que a veces está dispuesta a controlar el ejercicio de la discrecionalidad, como por ejemplo en los DCGR números 34.589/2009, 44.944/2009, 33.622/2008 y 26.946/2007, y a veces no, como en el DCGR 34.688/2009.

27. D.O. 28.11.1975.

28. D.L. 2.053/1977 (D.O. 01.12.1977).

con otros controles que puedan inmiscuirse en la revisión del cumplimiento de metas, como la propuesta de una Agencia de Calidad de las Políticas Públicas.²⁹ Cabe señalar que en países con un derecho público más avanzado se está planteando últimamente que el Derecho Administrativo no solo debe ser un límite para la actuación estatal, como reclama el principio de vinculación positiva a la ley (solo puede hacerse aquello que está permitido expresamente), sino que también un “instrumento normativo para la garantía de la calidad de la actuación con impregnación jurídica” (Parejo, 2008).

La nueva Resolución 1600/2008, de Contraloría, sobre exención de toma de razón

Señalamos arriba que el Contralor, a través de una resolución, puede disponer la exención de toma de razón de aquellos decretos y resoluciones que se refieran a materias que no considere esenciales (artículo 10 LOCCGR). Aunque originalmente esta atribución se ejerció en casos específicos, pronto el listado de ellos creció considerablemente. Por lo mismo, desde la Resolución 522/1970 el Contralor eximió de este control previo a la generalidad de los actos administrativos, salvo los expresamente mencionados como afectos a este trámite, lo que permitía generar un listado de hipótesis manejable, sistema luego reiterado en las Resoluciones números 1.100/1973, 600/1977, 1050/1980, 55/1992, 520/1996 y, finalmente, 1.600/2008, todas las cuales reemplazaron o refundieron a la precedente.

De esta manera se invirtió el criterio establecido en la LOCCGR, fórmula criticada por un sector de la doctrina –incluso con tacha de inconstitucionalidad (p. ej., Aróstica, 1991: 156-9)– dado que convierte en excepcional el control preventivo, pero que se explica como una manera de armonizarlo con la eficiencia administrativa (Cordero V., 2007: 67) que encontraría sustento en la propia CPR que en su artículo 99 que encarga a CGR tomar razón “de los decretos y resoluciones que, *en conformidad a la ley*, deben tramitarse por la Contraloría” (destacado en cursivas nuestro). Luego, por ley común podría perfectamente establecerse un sistema de exenciones convocando al reglamento, pues se trata de la típica redacción de una reserva legal de carácter relativo (SsTC roles 254/1997, considerando 26, y N° 370/2003, considerando 16).³⁰

29. El propio gobierno incluyó la creación de una agencia de este tipo en la Agenda de Transparencia y Probidad de noviembre de 2006. Como ejemplos de este tipo de instituciones pueden mencionarse la Government Accountability Office de Estados Unidos (<http://www.gao.gov/>), el Social Policy Evaluation and Research Committee neozelandés (<http://www.spear.govt.nz/>), la Government Chief Social Researcher's Office de Reino Unido (<http://www.gsr.gov.uk/>) o la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios de España (<http://www.aeval.es>).

30. Hay que decir que el artículo 2° de la Resolución 1600/2008 de CGR da a entender que la exención solo puede derivar de “disposiciones legales orgánico constitucionales que eximan de toma de razón a determinados servicios o materias”, dando preferencia sobre el inicio del artículo 99 a su inciso final –desoyendo el claro “En lo demás...”– y al final del inciso 1° del artículo 98. Es una interpretación bastante discutible atendido que el ámbito de las Leyes Orgánico Constitucionales debiera interpretarse restrictivamente (Muñoz, 2006).

La nueva resolución de exención de toma de razón (D.O. 06.11.2008, vigente desde el 24.11.2008), introduce una serie de modificaciones al sistema anterior inspirados en “una correcta gestión de las potestades de control” que obligaría “por una parte a concentrar el control preventivo de juridicidad en los actos sobre materias que, en la actualidad, se consideren esenciales, a fin de favorecer su oportunidad, y por otra, simultáneamente, a rediseñar y reforzar los programas de fiscalización y de control posterior, de manera de comprender en éstos las materias exentas de toma de razón en forma a la vez selectiva y rigurosa”. Las principales novedades son las siguientes:

- Reconoce expresamente que un mismo acto administrativo puede contener materias afectas y exentas del trámite de razón (criterio ya aceptado por su jurisprudencia).
- En materia de personal:
 - Exime las designaciones a contrata dispuestas por periodos inferiores[A6] a 15 días y las prórrogas de designaciones a contrata, antes afectas, sujetándolas a registro;
 - Eleva de 50 a 75 UTM el mínimo establecido para controlar preventivamente los contratos a honorarios que se paguen por mensualidad, y de 100 a 150 UTM el mínimo establecido para que los contratos a honorarios a suma alzada o cualquier otra modalidad de pago, sujetándolos a registro.
- Respecto a decretos y resoluciones relativos a materias financieras y económicas:
 - Incluye en su control preventivo a los aportes o transferencias de recursos, con o sin convenio, por un monto superior a 5.000 UTM (antes eran 2.000) y las devoluciones de tributos y derechos y cualquier otro pago que se efectúe con cargo a ítemes excedibles, cuyo monto sea superior a 2.500 UTM (antes 400).
 - Tratándose de bienes quedan afectos:
 - Los contratos para la adquisición de bienes inmuebles y muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, por trato directo o licitación privada por un monto superior a 2.500 UTM y por licitación pública, por un monto superior a 5.000 UTM; en el caso de enajenación de éstos, se siguen las mismas reglas (la regla anterior fijaba un tope de 4.000 UTM sin distinguir según el procedimiento de adquisición).
 - Los contratos de enajenación de inmuebles por trato directo o licitación privada cuyo monto exceda de 2.500 UTM y por licitación pública cuyo monto exceda de 5.000 UTM (la regla anterior fijaba un tope de 2.000 UTM, sin distinguir según el procedimiento de adquisición);
 - Los contratos para la transferencia gratuita de inmuebles cuyo avalúo fiscal exceda de 2.000 UTM (antes 500 UTM).

- La aceptación de donaciones modales que excedan de 5.000 UTM (antes 3.000 UTM).
- Tratándose de servicios, quedan afectos los convenios para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo y otros de prestación de servicios, celebrados por trato directo o licitación privada cuando su monto total exceda de 2.500 UTM, y por licitación pública cuando su monto total exceda de 5.000 UTM (la regla anterior fijaba un tope de 2.000 o 1.000 UTM, sin distinguir según el procedimiento de adquisición sino según si el convenio se celebraba con entidades privadas o con personas naturales).
- Tratándose de obras públicas:
 - Quedan afectas las adquisiciones para la ejecución de obras públicas por trato directo o licitación privada por un monto superior a 5.000 UTM, y por licitación pública por un monto superior a 10.000 UTM (la regla anterior fijaba un tope uniforme de 4.000 UTM, sin distinguir según el procedimiento de adquisición). Tratándose de la ejecución de obras públicas o su contratación, se siguen las mismas reglas.
 - Quedan afectos, los proyectos y estudios que estén directamente relacionados con la ejecución de una obra en específica, contratados por trato directo o por propuesta privada por un monto de más de 2.500 UTM, y por licitación pública, por un monto superior a 5.000 UTM (la regla anterior fijaba un tope uniforme de 1.000 UTM, sin distinguir según el procedimiento de adquisición).
- Se establecen diversas exenciones en función del empleo de formatos tipo de bases administrativas –entendidas en éstas las generales y las especiales– y contratos, aprobados previamente por la Contraloría General, sometiendo en algunos de estos casos a toma de razón solo el acto de adjudicación.
- Respecto a decretos y resoluciones relativos a atribuciones generales:
 - Detalla con mayor claridad los actos afectos relativos a concesiones –creando un párrafo especial para este rubro– lo que representa un control preventivo más agudo en este ámbito.
 - Agrega la “constitución, participación, modificación y retiro o extinción de o en personas jurídicas en que el Estado tenga participación”.
 - Afecta el pago de galardones por un monto superior a 1.000 UTM (antes 200 UTM).
 - Agrega las “declaraciones de reducción, prohibición, restricción, agotamiento y escasez a que aluden los artículos 62, 63, 65, 282 y 314 del Código de Aguas”.
- Crea un Título especial para las empresas públicas (compuesto por el artículo 11), sujetando a toma de razón:

- Sus “resoluciones relativas a la constitución, participación, modificación y retiro o extinción de personas jurídicas, y a la adquisición de acciones u otros títulos de participación en sociedades”.³¹
- La información relativa a su personal, cuando éste se encuentre sometido al régimen de negociación colectiva.
- Elimina algunos de los actos sujetos a registro y la frase que asociaba este trámite al control posterior inmediato del acto, indicando en la parte considerativa que estos actos quedarán sujetos “a otras medidas que se dispongan”.
- Establece una posibilidad de extender caso a caso la exención según el comportamiento de cada servicio (artículo 19). Para ello deberán demostrar no haber sido objeto de observaciones relevantes, en número y entidad, durante al menos un año en los actos administrativos emitidos en relación con una determinada materia.
- Anuncia una futura regulación para la tramitación electrónica de actos administrativos en la Contraloría General (artículo 20).

Se trata, como se ve, de un conjunto importante de cambios. Mejora la sistematización de la resolución, somete a toma de razón materias antes exentas y, sobre todo, exime actos antes afectos a este trámite.

Otros controles de legalidad en el sistema chileno

El análisis de la toma de razón no puede escindirse del contexto de los demás mecanismos de control de legalidad a que está sujeta la Administración Pública chilena. Para nuestros efectos los clasificaremos según su oportunidad (ex ante, ex post) y su relación con el organismo controlado (interno, externo).

a. Controles administrativos internos ex ante y ex post

El *control administrativo interno* es aquel que realiza una unidad integrante del propio órgano administrativo. Su finalidad consiste en contrastar la actuación administrativa con las normas del propio ordenamiento y las necesidades de la gestión pública, verificando su plena concordancia con aquéllas y las políticas e instrucciones impartidas por las autoridades superiores de la organización (Bordalí y Ferrada, 2008: 19). La CGR la define como la fiscalización que, por vía jerárquica y con sus propios medios, realiza cada servicio, con el fin de adecuar su actividad a las normas vigentes y a las condiciones de eficiencia que técnicamente sean exigibles de acuerdo con sus modalidades de funcionamiento (Dictamen 8012/1969).

- *Unidades de Control y Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno.* Desde mediados de los noventa se ha desarrollado un sistema de control interno de carácter técnico creando en la casi totalidad de los servi-

31. Llama la atención que se emplee la expresión “resoluciones”, ajena a las empresas públicas.

cios públicos Unidades de Auditoría Interna o Contralorías Internas,³² unidades funcionales dependientes del jefe de servicio que colaboran en la tarea de fiscalizar el apego a la legalidad financiero–contable de cada ministerio y servicio.

A nivel general, a través del DS. 12/1997, MINSEGPRES, se creó un “Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno” (CAIGG),³³ como órgano asesor del Presidente de la República en la formulación de políticas, planes, programas y medidas de control interno de la gestión gubernamental, en sus diversas instancias.

A mediados de 2005 el gobierno de Ricardo Lagos ingresó a tramitación un proyecto de ley (Boletín 3937) que daba rango legal a este Consejo y el sistema de auditoría interna, estableciendo un sistema de concurso para los auditores. Sin embargo, el proyecto se mantiene paralizado, en primer trámite constitucional en el Senado, desde noviembre del mismo año.

- *Unidades Jurídicas.* También deben mencionarse en este apartado las Unidades Jurídicas de cada servicio o ministerio. En efecto, ellas son las primeras llamadas a velar por la legalidad de los actos administrativos que emanan de sus organismos y que ellas mismas redactan. Sin embargo, sus titulares son funcionarios de exclusiva confianza (salvo excepciones en que se les ha calificado de funcionarios de segundo nivel, para los efectos del sistema de alta dirección pública), lo que conspira contra su profesionalización.

b. Controles administrativos ex post: la Contraloría General de la República

CGR ha establecido controles de reemplazo para aquellos casos en que exime un acto de toma de razón. El artículo 13 de la Resolución 1600/2008 señala que “La exención de toma de razón será sin perjuicio del cumplimiento de otras medidas que disponga el Contralor General, en el ejercicio de sus atribuciones, con el objeto de controlar la legalidad de los actos de la Administración y de hacer efectivas las responsabilidades que procedan”. Estos mecanismos pueden ser:

- **Registro.** Este trámite consiste en que CGR incorpora a un registro público una relación detallada del contenido del acto administrativo de que se trate, regularmente vinculado a materias relativas a personal y

32. A modo de ejemplo véase la Unidad de Auditoría Interna de la SUBDERE, creada por Resolución Exenta 644, de 11.05.2000, o las Unidades de Auditoría Interna y Contraloría interna del MINVU, creadas por el DS. 33/2001, de Vivienda y Urbanismo (D.O. 25.04.2001).

33. D.O. 29.01.1997. Este decreto supremo ha sido modificado por los DS. números 108/2000 (D.O. 02.08.2000), 65/2002 (D.O. 19.06.2002), 75/2003 (D.O. 11.07.2003) y 147/2005 (D.O. 12.11.2005). Cabe señalar que vía reglamento (artículo 26 DS 983/2003, de Hacienda, D.O. 12.01.2004) se ha encargado a este Consejo verificar el cumplimiento de las metas de gestión que dan derecho al pago del incentivo por desempeño colectivo establecido en el artículo 7º de la Ley 19.553 (D.O. 04.02.1998). Con todo, ello solo puede entenderse en el marco de la asesoría que brinda este organismo, vale decir, no como una competencia resolutoria. (A partir del año 2008, la CGR eliminó el trámite del conocimiento.)

dotación. El artículo 15 de la Resolución 1600/2008 establece qué actos deben registrarse. La mayoría de la jurisprudencia ha resuelto que el registro de un decreto “no constituye un control previo de legalidad” del acto administrativo, lo que no impide un examen de su legalidad o juridicidad a posteriori por parte de la propia Contraloría (Bordalí y Ferrada, 2008: 33). Un importante número de actos administrativos es sometido a registro. En 2008 y solo en materias de personal fueron 216.503.

TABLA 5
A/A afectos a registro y conocimiento periodo 2002-2008

Año	Documentos afectos conocimiento	Documentos afectos a registro
2008*	—	216.503
2007	4.108	199.359
2006	5.152	225.208
2005	2.709	238.100
2004	4.590	264.866
2003	3.227	230.011
2002	2.850	222.737
TOTAL	22.636	1.380.281

* A partir de 2008 contraloría eliminó el trámite del conocimiento.

Fuente: Contraloría General de la República

- *Auditorías.* Se trata de fiscalizaciones selectivas y a posteriori que realiza la Contraloría para asegurar la legalidad de los actos administrativos y hacer efectivas las responsabilidades que procedan (Bordalí y Ferrada, 2008: 32). La LOCCGR establece que la Contraloría efectuará auditorías respecto de la cuenta rendida por la Administración en relación con los aspectos jurídicos, financiero-presupuestarios, de transparencia y de probidad involucrados en la gestión que ella desarrolla. En definitiva, a través de esta función, se garantiza, por una parte, que los entes que administran los recursos públicos rindan cuenta de sus obligaciones, y, al examinarla, verifica que sus contenidos posean la validez legal y la pertinencia requeridas, que de no verificarse cabalmente da lugar al esclarecimiento de las responsabilidades administrativas, civiles y penales consecuentes, a través de los mecanismos que sobre el particular establece la legalidad vigente (Cuenta Pública 2006: 43).
- *Potestad Dictaminante.* La potestad de emitir dictámenes emana del artículo 5º de la LOCCGR, que incluye dentro de las facultades del Contralor la posibilidad de que éste emita dictámenes “a petición de parte o de jefaturas de servicios o de otras autoridades”. Por su parte, la ley reitera la facultad al establecer en el artículo 6º que corresponde exclusivamente al Contralor informar sobre una serie de materias terminando con una cláusula residual de gran amplitud: “...en general, sobre los asuntos que se relacionen... con el funcionamiento de los Servicios Públicos some-

tidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen” y “...sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”.³⁴ Esta es otra fórmula para controlar la actuación de la Administración.

TABLA 6
Dictámenes de CGR, periodo 2002-2008

Año	Emisión Dictámenes e instrucciones jurídicas	Presentaciones a estudiar
2002	15.782	20.370
2003	20.012	23.699
2004	20.477	24.688
2005	23.722	27.898
2006	24.688	28.785
2007	14.620	26.397
2008	20.125	32.423
Total	139.426	184.260

Fuente: Contraloría General de la República

c. Otros controles administrativos ex post externos a los servicios públicos

Los controles anteriores no agotan la batería de mecanismos existentes en nuestra Administración. También debe mencionarse al Consejo para la Transparencia, creado por los artículos 31 y ss. de la Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley 20.285, de 2008, y algunas superintendencias, como la de Salud que fiscaliza a FONASA y la proyectada Superintendencia de Educación, que controlaría a los establecimientos educacionales. En todos estos casos se trata de instituciones con un ámbito acotado de control, pero que también terminan ejerciendo un control de legalidad.

d. Control ex post jurisdiccional

Por último, también debe mencionarse el control que ejercen los Tribunales de Justicia. Tras una larga época en que rechazaron tener competencia contencioso administrativa,³⁵ actualmente la aceptan sin discusión (Pantoja, 2005 y Pierry, 2000). Los particulares pueden pedir tutela judicial básicamente mediante las siguientes opciones:

34. El dictamen ha sido definido como “un acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la Contraloría General o un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la administración y siempre que las situaciones que los afecten importen una violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar el organismo contralor” (Aylwin y Azócar, 1996: 320).

35. Circunstancia que se vio reforzada por la declaración de incompetencia que hicieron los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los asuntos contencioso administrativos, al señalarse que estos solo podían ser conocidos por tribunales especiales del contencioso administrativo, por interpretación del artículo 87 de la Constitución de 1925 y antiguo artículo 38 de nuestra actual Carta Magna.

- *Procedimientos especiales en materias determinadas establecidos por leyes específicas*, que determinan el acto administrativo recurrible, el sujeto activo y el tribunal competente. Por ej., el reclamo de ilegalidad municipal (artículo 141 LOCM), el reclamo de ilegalidad regional (artículo 108 LOCGAR), el reclamo contra las resoluciones de la Superintendencia de Salud (artículo 7° de la Ley 19.638), entre otros.
- *Recurso de protección*. Si bien esta acción cautelar nació a la vida jurídica como un herramienta destinada a proteger y garantizar ciertos y determinados derechos fundamentales de los particulares que no contaban con un mecanismo procesal de tutela efectiva, en materia administrativa ha pasado a ser el mecanismo procesal ordinario de control contencioso administrativo utilizado por los particulares en contra de los actos de los órganos del Estado. En efecto, se trata de una suerte de “acción ordinaria” contra la Administración, a través del cual se persigue la nulidad indirecta de sus actos (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003). La amplia concepción del recurso de protección y, en especial, el uso de la “igualdad ante la ley” y el “derecho de propiedad” como cláusulas genéricas para obtener un pronunciamiento del tribunal, han incentivado su uso para impetrar el amparo judicial contra actos u omisiones ilegales o arbitrarias que afectan todo tipo de derechos.
- *Acción de nulidad de derecho público*. Se trata de un procedimiento ideado por la doctrina que permite declarar la nulidad de un acto administrativo a través de un juicio declarativo ordinario, seguido conforme a las reglas del procedimiento común. Por ello podría calificarse de un contencioso anulatorio general en materia contencioso administrativa, con las dificultades de carecer de una regulación específica para estos efectos (véase Fiamma, 1986, Soto, 1996, T. II: 179-194, y Jara, 2004).

La utilización de estos mecanismos judiciales de control entra a menudo en concurrencia con el funcionamiento de Contraloría. En algunos casos, de hecho, los tribunales del Poder Judicial revisan directa o indirectamente los actos de la propia Contraloría, como sus dictámenes, actos de registro o incluso tomas de razón. Cabe señalar que en este último caso –impugnación judicial de una toma de razón– la CGR ha entablado ante el Senado la correspondiente contienda de competencia con los Tribunales de Justicia (artículo 53 N° 3 CPR). Hasta el momento, todas las decisiones del Senado han favorecido a CGR (Carmona, 2004: 19 y ss.), pero cada vez las votaciones han sido más ajustadas.

Recapitulación: un balance preliminar

Conforme a lo señalado en este primer capítulo, es posible señalar sucintamente los puntos positivos y negativos que se suelen plantear en relación a la existencia de la toma de razón.

Dentro de los aspectos positivos podemos esbozar los siguientes:

- a. La propia CGR, en los considerandos de la recién comentada Resolución 1600/2008, señala que la toma de razón resulta “esencial para... el resguardo del patrimonio público, desde el momento en que evita que lleguen a producir sus efectos... actos irregulares de la Administración que comprometan recursos públicos”.
- b. Añade el mismo considerando que la TR también resulta “esencial para la preservación del Estado de derecho... desde el momento en que evita que lleguen a producir sus efectos actos que lesionen derechos fundamentales de las personas”.
- c. Puede también añadirse que se trata de un control realizado por un órgano externo al gobierno y dotado de garantías orgánicas y funcionales que le brindan una autonomía efectiva, lo que favorece que ejerza este rol de manera eficaz.
- d. La estabilidad de Contraloría también ha permitido que vaya formando un acervo jurídico administrativo que ha ordenado y estandarizado la actuación formal de la Administración Pública. Se ha dicho por ello que “ha tenido un rol estabilizador básico en la Administración Pública chilena, sobre todo ante la ausencia de una regulación normativa” (Cordero, 2007b: 165–6), pues a través de su interpretación administrativa ha logrado ir solucionando problemas antes de la intervención legislativa.
- e. Lo anterior pone de relieve otro de sus atributos: constituye un control especializado en Derecho Administrativo, especialmente útil en un país que carece de Tribunales Contencioso Administrativos. Ello le permite moverse con soltura en materias que, muchas veces, son de gran complejidad.

En los aspectos negativos de la toma de razón podemos apuntar los siguientes:

- a. La inexistencia de efectos en caso de no adoptarse una resolución dentro de plazo (tomar razón o devolver/representar), unida al comentado fenómeno de las observaciones y retiros, hacen más lento el proceso de adopción de decisiones jurídicas provocando retrasos que perjudican la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa, sin evidencia que indique que los efectos positivos de la toma de razón compensarían el costo de estas demoras (esto es, sin que sepamos si en la balance de costos y beneficios es mejor este esquema de control ex ante que uno alternativo de control ex post).
- b. Los 350.602 actos sujetos a este trámite en el último año generan una carga de trabajo difícil de absorber para los 256 abogados que trabajan en la Contraloría (Cuenta 2008: 189), especialmente si se suman las otras funciones de la CGR (especialmente la elaboración de dictámenes, Rajevic, 2007: 49). En promedio, cada día hábil debe resolverse la situación de 1.348,3 actos administrativos, 1.228,8 relativos a personal y 119,5 relativos a otras materias. La alta concentración en la función de control de personal sugiere pensar en otros instrumentos para este aspecto específico, probablemente más adecuados (Cordero, 2007b: 165).

- c. Algunos contralores regionales –quienes actúan por delegación del contralor general– están facultados para tomar razón pero son contadores auditores y no abogados, lo que exige que confíen estos juicios a terceros (Rajevic, 2007: 51).
- d. Las presentaciones hechas por particulares durante la TR pueden transformar este procedimiento en una especie de juicio, sin normas procesales adecuadas para ello. De hecho, evitar los efectos de actos que lesionen derechos fundamentales de las personas parece una función más de tipo jurisdiccional –reforzada con la existencia de adecuadas medidas cautelares– que administrativa (Valdivia, 2008). Esto puede entenderse y valorarse como positivo en un contexto de virtual ausencia de control jurisdiccional de la Administración, como aconteció durante buena parte del siglo pasado. Pero esa no es la situación actual de Chile.

Análisis de las restricciones de economía política del problema

Necesidad de integrar en el análisis a los demás componentes del control jurídico del sector público para reordenarlos. La discusión aislada de la toma de razón es inconducente

Un primer aspecto a considerar es el mapa de controles ya existente en la institucionalidad pública chilena. Eliminar o reducir la toma de razón solo tiene sentido si sus efectos positivos se siguen produciendo merced a otros arreglos institucionales. En otras palabras, no se trata de eliminar el control sino de ordenarlo y maximizar sus efectos y beneficios, compatibilizándolo con una gestión administrativa eficiente y eficaz. Si ello no es posible se corre el riesgo de generar problemas mayores a los actualmente existentes.

Lo mismo se aplica a la creación de otros organismos de control. Así, por ejemplo, la propia Contraloría reaccionó a propósito del proyecto de ley que da rango legal al Consejo de Auditoría Interna del Gobierno señalando que de aprobarse en los términos propuestos duplicaría sus atribuciones devaluando las funciones que ella, como “órgano autónomo”, debía ejercer.³⁶ Se trata, en definitiva, de generar un sistema de control racional y coordinado.

Consideración de la cultura institucional de la Contraloría

También debe tenerse en cuenta que durante mucho tiempo Contraloría ha desarrollado una cultura corporativa centrada en sí misma. Ello se explica en bue-

36. CGR señaló que debía “por imperativo constitucional realizar un control jurídico sobre la Administración, el cual está diseñado sobre la base de una jurisprudencia obligatoria y vinculante para los órganos del Estado. De tal modo, no puede existir otro órgano con atribuciones para emitir informes sobre las mismas materias que competen a la Contraloría General, por lo que debe evitarse toda posibilidad de duplicidad de atribuciones y de detrimento en las funciones de este órgano fiscalizador” (Dictamen 2.201/2006).

na parte por su rol fiscalizador frente al resto de la Administración (que le exige mantener una relación cordial pero distante), una alta estabilidad de sus autoridades y sus trabajadores y una suerte de carrera funcionaria que culminaba con el cargo de contralor. Todos los últimos contralores habían sido funcionarios de Contraloría hasta la irrupción del actual, que rompe este paradigma.

En este contexto cualquier iniciativa que suponga modificaciones importantes a la Contraloría debe socializarse en su interior y, en el óptimo, transformarse en un proyecto querido y valorado por sus funcionarios. Su especialización es un capital valioso y debiera preservarse.

Valoración de la Contraloría como “custodia” de la probidad administrativa

Actualmente la CGR es percibida como el principal instrumento de control de los Órganos de la Administración, que junto a los tribunales de justicia, a la Cámara de Diputados –en su rol fiscalizador– y los propios ciudadanos, a través del procedimiento administrativo, conforman el sistema de control externo de los actos de la Administración Pública.

La Contraloría ha emergido como “custodia” de la probidad administrativa, adquiriendo un nuevo protagonismo en la lucha contra la corrupción. Una prueba de aquello es la creación de la Unidad de Auditorías Especiales, encargada de investigar aquellos casos que causen un impacto de trascendencia pública o que tengan especial relevancia para la Administración del Estado.³⁷

Este nuevo impulso ha ido de la mano con el plan de modernización institucional desarrollado y promovido por el propio órgano contralor, el cual tiene como función el de constituirse en el eje principal del fortalecimiento de la probidad pública.³⁸ La reorientación de la labor fiscalizadora del organismo controlador hacia la auditoría es congruente con el referido fortalecimiento de la probidad pública y las actuaciones desarrolladas en el último tiempo han tenido una alta difusión (por ej., los casos del Servicio de Registro Civil e Identificación y de las Municipalidades de Recoleta y Huechuraba).

En este contexto cualquier modificación de la estructura de la CGR debe hacerse de manera que no suponga debilitación del control, sino maximización y racionalización.

Inexistencia de una jurisdicción contenciosa administrativa especializada

El último aspecto que conviene comentar en este apartado es la ausencia de una jurisdicción contenciosa administrativa especializada en Chile. Ya mencionamos que la Constitución de 1925 contempló la existencia de Tribunales Adminis-

37. Resolución 1.586/2007, de Contraloría General de la República.

38. Contraloría General de la República, presentación octubre de 2007.

trativos,³⁹ pero que estos nunca se constituyeron. Por su parte, los tribunales ordinarios alegaron carecer de dicha competencia al no haberseles asignado con carácter general de forma expresa, de modo que solo conocían los asuntos contencioso administrativos que expresa y específicamente les encargaba la ley.

Es sabido que este estado de cosas solo variará al final de la década de los ochenta, por la vía de aceptarse la competencia general en estas materias de los tribunales ordinarios,⁴⁰ y no por la de crear tribunales contencioso administrativos, pese a la demanda de los especialistas.

Pantoja B. ha señalado que la ausencia de tribunales contencioso administrativos es fruto, en parte, del rol asumido por la Contraloría que “pasó a desempeñar un consciente papel resolutor de conflictos administrativos e interadministrativos supliendo de hecho la ausencia de tribunales administrativos, y a considerarse sí misma como ‘garante del Estado de Derecho’, rol no previsto en esos términos por la Constitución ni por la ley, por lo que en lugar de instar por la creación de una justicia administrativa o completar inteligentemente el vacío institucional creado por su ausencia, con proposiciones efectivas de modernización, buscó reorientar el ejercicio de sus atribuciones en una dirección trazada unilateralmente, basada en su autonomía constitucional, para resolver conflictos jurídico administrativos a través de la toma de razón o de sus dictámenes, los que impone como obligatorios para la Administración del Estado” (Pantoja, 2005: 68-69). No en vano la reforma constitucional de 2005 vino a exigir que el Contralor sea un abogado y recientes sentencias del Tribunal Constitucional han reforzado el control de legalidad que compete a este organismo (SsTC 1032/2008, considerando 17, y 1051/2008, considerando 34).

En conclusión, otro componente importante para una reforma de la toma de razón es considerar que en parte ésta subsidia la ausencia de tribunales contencioso administrativos especializados. Si estos existieran podrían servir de eficaz reemplazo, en muchos casos, de la toma de razón, con la ventaja de superar una serie de defectos que tienen los sistemas existentes de control jurisdiccional (ya reseñados precedentemente), derivados de su falta de especialización en materias contencioso administrativas y que perjudican tanto a la gestión pública como a la tutela de los derechos de los particulares (a este respecto puede verse Pierry A., 2006, y Ferrada B., et al., 2003).

39. En efecto, el artículo 87 señalaba que “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o la ley”.

40. Lo que vino a clarificarse, en definitiva, con la reforma constitucional al inciso 2º del artículo 38 y al inciso 1º del artículo 79 (actual 82) de la CPR efectuada en 1989 (Ley de Reforma Constitucional 18.825, D.O. 17.08.1989).

El camino administrativo, el legal y el constitucional

Algunas de las propuestas que se formularán pueden implementarse por vía administrativa, pero la mayoría requiere de modificaciones legales de iniciativa exclusiva del Ejecutivo (y de recursos financieros, tratándose de la creación de tribunales contencioso administrativos). Cabe señalar que la opción de cambiar la naturaleza de la TR a un control de naturaleza contable financiero requiere reformar los artículos 98 y 99 de la CPR. Si, en cambio, se opta por reducir el número de actos administrativos sujetos a este control es factible el camino de las puras reformas legales e, incluso, el del ejercicio de la propia potestad normativa de la CGR.

Algunas experiencias internacionales relevantes

La peculiaridad de la TR en el panorama comparado

Como es bien sabido, la misión Kemmerer recorrió numerosos países latinoamericanos proponiendo medidas semejantes a las que recomendó en Chile. De allí que las Contralorías Generales sean usuales en el paisaje institucional de nuestra región. Aldunate L. trazó un panorama de la configuración constitucional de otras contralorías latinoamericanas afirmando que “...el organismo contralor sigue en el diseño comparado dos líneas de fuerza. Por una parte, aparece con un fuerte vínculo a la actividad de fiscalización parlamentaria, como órgano técnico encargado de preparar dicha fiscalización, especialmente en el ámbito del control a *posteriori*... esto es, de rendición de cuentas y de ejecución presupuestaria. Por otra parte, su énfasis radica, en casi todos los casos vistos, en el control fiscal, sin que existan equivalentes comparados a nuestro artículo 88 (actual 99)...” (Aldunate L., 2005: 24). Silva C. comentaba ya hace más de medio siglo que el control de juridicidad de los actos administrativos daba a nuestra Contraloría General un “carácter original y *sui-generis* con respecto a la casi totalidad de las oficinas de control” (1945: 81).⁴¹ En otras palabras, nuestro ente contralor tiene la peculiaridad de realizar un control jurídico preventivo de carácter general.

Estados Unidos: *Government Accounting Office*

La Oficina General de Contabilidad (*General Accountitng Office*) de los Estados Unidos (1921) es el modelo declarado de nuestra Contraloría General, como órgano de control contable y de auditoría. Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial sufrió una intensa reestructuración y actualmente se denomina *Government Accountability Office*, pasando a entenderse su tarea “como la de un órgano que sirve al público en cuanto es un instrumento al servicio de tareas de investigación que le son encomendadas por el Congreso Federal, y aconseja a agencias ejecutivas res-

41. Este autor valoraba positivamente, sin embargo, esa mezcla de roles (Ibíd., p. 335).

pecto de medios para un actuar más eficiente y responsable” (Aldunate, Cordero y Letelier, 2007: 30). Su vínculo con el Congreso ha sido imitado en numerosos países latinoamericanos y constituye un elemento clave de apoyo al control presupuestario de los órganos administrativos. Como se ve, desde un origen común la GAO ha pasado a tener una fisonomía muy diferente a la de la CGR.

Italia: Servizio de Controllo Interno, Ragioneria Generale dello Stato y Corte dei Conti

La Constitución italiana (de 1948) encarga a la Corte dei Conti –su Tribunal de Cuentas– ejercitar “el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno” (artículo 100). Lazo ha expuesto como diversas reformas fueron acotando este control hasta que la Ley 20, de 14 de enero de 1994, limitó drásticamente los actos sujetos a control preventivo para favorecer el control de gestión (control de resultados, ex post), a cargo de la misma Corte dei Conti, y el control interno, a cargo de las propias Administraciones Públicas.⁴² Se trata de una experiencia que debiese ser analizada con atención de cara al futuro de nuestro ente contralor. Se ha dicho que la reestructuración del sistema de control de la Administración del Estado italiana ha seguido las siguientes directrices (Aldunate, Cordero y Letelier, 2007: 19):

- a. “Se han reducido considerablemente los controles previos de legalidad;
- b. Se han incorporado nuevos parámetros de control de la actividad administrativa, en la línea de fortalecer los controles de eficacia, economía y eficiencia;
- c. Se ha implementado un control a posteriori de carácter global, que recae sobre la gestión administrativa y presupuestaria de las Administraciones Públicas. Dicho control ha ido atenuando los controles de legalidad sustantiva, y privilegiando la legalidad presupuestaria y contable;
- d. Se ha fortalecido la planificación de la gestión administrativa, fomentando que cada servicio clarifique y publique sus metas concretas;
- e. Se han concentrado los recursos públicos dedicados al control en mecanismos y procedimientos que revisen el cumplimiento de objetivos claros y determinados”.

El control interno es realizado principalmente por el *Servizio de controllo interno* –a cargo del control de gestión y el control estratégico– y la *Ragioneria generale dello Stato* (RGS) –que controla la regularidad administrativa y contable–.

España: Controles internos (inspección general de servicios e intervención general del Estado) y externos (Tribunal de cuentas y Tribunales contencioso administrativos)

En el caso español no existe un símil de la CGR. El control contable y de auditoría interna le compete a la denominada “Intervención General de la Adminis-

42. LAZO V., 1999. Véase también <http://www.corteconti.it/Cittadini/La-Corte-i/preventivo.doc_cvt.htm> [consultado el 15.11.2006].

tración del Estado,⁴³ “cara económico-financiera del control interno de la Administración, y es el centro directivo y gestor de la contabilidad pública” (Aldunate, Cordero y Letelier, 2007: 11). Depende del Ministerio de Economía y Hacienda, y cuenta con una red de organismos llamados “Intervenciones Delegadas” adscritas a los principales órganos de la Administración y que operan como un cuerpo descentralizado, controlando la legalidad presupuestaria de manera previa a la ejecución de los actos, pudiendo el interventor reparar el acto y por esa vía suspender sus efectos, pero centrándose en los aspectos de legalidad contable.

Cabe señalar que aunque la ley posibilita el control de todos los actos de la Administración existe una gran variedad de actos excluidos de la intervención general o previa, otros con una fiscalización limitada y “cada día son más frecuentes las técnicas de muestreo, mediante las cuales se analizan solo ciertas partidas de una cuanta mayor a objeto de verificar en ellas el cumplimiento de los requisitos exigidos. Todo ello a objeto de flexibilizar, agilizar y abaratar la función interventora” (Aldunate, Cordero y Letelier, 2007: 14).

Asimismo, como control externo existe un Tribunal de Cuentas, fiscalizador que depende de las Cortes Generales, a cargo también de enjuiciar la responsabilidad contable de los funcionarios. En cada ministerio existe, además, “una Inspección General con funciones de control sobre el servicio central y los servicios departamentales. Cada una de estas inspecciones depende de la Inspección General de Servicios que, con rango de subdirección, depende de la Dirección General de Organización e Inspección de Servicios del Ministerio de Administraciones Públicas, regulada por Real decreto 1320 del 2005 y, en lo que atañe a sus funciones, complementada de manera importante por el Real Decreto 951/2005” (Aldunate, Cordero y Letelier, 2007: 11).

El control jurídico, en cambio, corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos,⁴⁴ que integran el poder judicial y que actúan como un control ex post pero general. No hay, entonces, un control de juridicidad preventivo general.⁴⁵

Por último, conviene apuntar que recientemente se ha creado una Agencia de Calidad de las Políticas Públicas, encargada de promover una cultura y prácticas de evaluación en las Agencias Estatales y fomentar la calidad de los servicios que prestan a los ciudadanos.⁴⁶

Tanto el caso español como el italiano exhiben sistemas de control articulados sobre la base de una modificación de la comprensión misma del actuar admi-

43. Artículo 12 R.D. 1552/2004, de 25 de junio, B.O.E. 26.06.2004.

44. Regidos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, B.O.E. 14.07.1998.

45. Santamaría P. (2004b: 203-5) ha propugnado la necesidad de este control pero a través de los propios efectivos de la Administración, en un sentido semejante al indicado más adelante (infra 4.2).

46. R.D. 1418/2006, de 1º de diciembre, publicado en el B.O.E. núm. 298, de 14.12.2006.

nistrativo. En efecto, “De una ‘administración por actos’, según la cual lo propiamente administrativo consiste en el ejercicio de potestades a través de actos formales, se ha pasado a una ‘administración de prestaciones y servicios’, es decir, a un aparato administrativo que se entiende solo si satisface de una forma eficiente las necesidades públicas. Correlativamente, de entender los sistemas de control como mecanismos represivos se ha pasado a entenderlos como mecanismos de apoyo a la gestión de los servicios públicos” (Aldunate, Cordero y Letelier, 2007: 29). Esto sugiere que la función propiamente represiva es más propia de los mecanismos de protección de intereses o derechos de los administrados, a cargo de los Tribunales.

Desarrollo de propuestas de reforma concretas

Reordenamiento del control de legalidad, enfoque ex post y compatibilización con una gestión eficiente y eficaz

Una primera propuesta es concentrar y especializar a la CGR en su rol de auditoría externa (en sentido similar al propuesto por Aldunate L.⁴⁷), lo que supone revisar si los medios que actualmente posee son suficientes para hacer frente a esta tarea y, si no lo son —como parece—, incrementarlos. Sería deseable que existiera cierta proporcionalidad entre los recursos que son fiscalizados y los recursos invertidos en la fiscalización, de manera que si los primeros crecen también lo hagan los segundos. Para ello sería conveniente conocer y explicitar, en cada ejercicio presupuestario, cuál es esa relación. En caso que sea necesario incrementar la fiscalización podría considerarse la contratación de auditores externos, de manera de no expandir la planta funcionaria por situaciones eventuales. En la misma línea es conveniente seguir profundizando la publicidad de las acciones de la CGR, destacando la publicación en su web de los informes de auditoría y su base de dictámenes (hasta hace no mucho tiempo de acceso pagado). Todo lo anterior supone un profundo rediseño del modelo de gestión de la CGR, muy en sintonía con las declaraciones del actual Contralor General.⁴⁸

47. Este autor critica el abandono del control fiscal y presupuestario por parte de CGR, derivada de la “hipertrofia de su actividad de control de legalidad”, y propone “reorientar la actividad y, eventualmente, el diseño estructural de la Contraloría, y, bajo cualquiera sea la fórmula elegida, desconsolidar la función de control preventivo de legalidad de la función de control financiero, entregando esta última a un órgano que actúe en estrecha colaboración del Congreso, como órgano técnico auxiliar” (Aldunate, 2005 :29). También puede mencionarse la opinión de Waissbluth, que sugiere orientar a la CGR hacia un control de resultados. Comentando el rol de la Government Accountability Office de Estados Unidos propone que “una revolución normativa y una transformación organizacional total” lleven a que la CGR proporcione “información fidedigna, no solo sobre la juridicidad de los actos administrativos, sino sobre la eficacia del actuar del Estado”. Waissbluth, 2006b.

48. Debe destacarse que la Cuenta Pública 2008 de la CGR señala que “La gestión del Contralor General y de las unidades y contralorías regionales que conforman la estructura organizacional de esta Entidad Superior de Control, durante el año 2008, estuvo marcada, básicamente, por los siguientes ejes: Mejorar la gestión de la institución, lo que ha implicado revisar y reformular algunos procesos funcionales, procurar una mayor oportunidad en su actuar, el uso intensivo de la tecnología de la

Una segunda propuesta es crear Tribunales Contencioso Administrativos dentro del Poder Judicial –esto es, independientes del gobierno y con todas las garantías de la carrera judicial– que asuman un control jurídico ex post eficaz de la Administración, actuando a petición de parte pero con una amplia legitimación activa. Esto tiene la ventaja para los particulares de contar con una instancia especializada y conocida para impugnar las decisiones de la Administración –frente a la heterogeneidad de las cerca de 120 acciones diferentes, conocidas por distintos órganos, que actualmente existen–,⁴⁹ que respete el debido proceso y efectúe un control jurídico integral de la juridicidad administrativa –incluida la discrecionalidad– con valor de cosa juzgada, contribuyendo a descongestionar el recurso de protección (véase Ferrada B., et al., 2003) a superar esa poco feliz distinción entre forma y fondo hecha por la Corte Suprema,⁵⁰⁻⁵¹ y a resolver una serie de importantes insuficiencias que presentan los procedimientos judiciales existentes (a este respecto nos remitimos a Pierry A., 2006). Los nuevos Tribunales deberían contemplar mecanismos de selección públicos y transparentes y podría considerarse puntajes especiales para los profesionales de la Contraloría, dada su experiencia en estas materias, que no debiera desaprovecharse. De igual manera, su creación igualaría las condiciones procesales de la Administración y los administrados, pues aquélla podría impugnar las decisiones (cuestión que le está vedada, por regla general, tratándose de los pronunciamientos de Contraloría, por los artículos 6º y 19 de la LOCCGR). Finalmente, un sistema de esta naturaleza supone un control más eficiente al operar solo a requerimiento del interesado (pudiendo evaluarse mecanismos para activar el control judicial en asuntos no identificados con intereses concretos, al modo de una especie de Ministerio Público).

Reforzamiento institucional del control interno

En este punto se sugiere transformar a los jefes de las Divisiones de apoyo de cada ministerio (típicamente las Divisiones Administrativa, Jurídica e Informá-

información, la modernización de los recursos informáticos y la valoración y adecuación de los recursos humanos y físicos disponibles al interior del organismo, así como también la coordinación y cooperación con las demás Entidades del Estado” (p. 4). Al aplicarse hace dos años un cuestionario sobre percepciones en los avances en la reforma del Estado 1990-2005 a 56 líderes de opinión, la CGR obtuvo la peor calificación de todas las instituciones y temas consultados, lo que equivale a decir que en el concepto de los entrevistados apenas se había mantenido o incluso había retrocedido respecto de su situación en 1990. Consultados los mismos líderes sobre la influencia de distintas instituciones en la reforma del Estado la CGR obtuvo el segundo peor resultado, que implicaba que su influencia era entre negativa y nula en el proceso modernizador (Waissbluth, 2006a: 47 y 89). Esto pone de relieve la urgencia de proseguir y profundizar la reforma en el plano de la gestión y la necesidad de evaluar reformas institucionales, como se sugiere en este trabajo.

49. Carmona detectó 78 procedimientos entre 1990 y 2003 que se suman a otros 42 preexistentes. Carmona S., 2003: 204. Por su parte, Pierry A. estima que existirían casi doscientos procedimientos contencioso especiales (Pierry A., 2006: 7).

50. Puede verse a este respecto Pantoja B., 2000: 13 y ss., y 2005: 27-69; Parejo A., 2001: 13-27; y Pierry A., 2000: 103-104.

51. Sobre la distinción forma y fondo puede verse Aguerrea M., 2007: 122-127 y Soto K., 2006b.

tica),⁵² en funcionarios de carrera, concursándolos con un estatuto semejante al de los jefes de Departamento del tercer nivel (quienes una vez nombrados gozan de tres años de estabilidad). Así asumirían que su rol no es solo contribuir al éxito del gobierno sino, por sobre todo, adecuar las actuaciones de éste a los límites que determina el derecho. Ello disminuirá las hipótesis de riesgo administrativo actualmente existentes.

Otra propuesta en esta línea es dar rango legal a las unidades de control interno de los servicios públicos y a sus titulares, y relativa autonomía respecto del respectivo jefe del servicio en la dirección propuesta por el Proyecto de Ley del Consejo de Auditoría.⁵³ Sería recomendable nombrarlos por un plazo que supere la duración del gobierno (por ejemplo, cinco años) y otorgar también un grado de estabilidad semejante al presidente de dicho Consejo.

Ambas medidas harían que los propios controles internos asegurasen en buena medida la legalidad de los actos administrativos dictados, reduciendo la necesidad de contar con un mecanismo como la actual TR.

Uso de las TIC y la transparencia activa para generar nuevas instancias de control compatibles con una gestión eficaz

Dada la alta concentración de la toma de razón en materias de personal se recomienda avanzar decididamente en la construcción del SIAPER (o Sistema de Información de Personal de la Administración), de manera que se transforme en una herramienta que pueda efectuar un control preventivo automático de los actos relativos a personal (al menos de algunos de sus elementos), probablemente cruzando datos con otras bases de datos públicas como las del Servicio de Registro Civil e Identificación. El mismo sistema ayudaría a perfeccionar y facilitar el cumplimiento de los deberes de transparencia activa en esta materia que, a su vez, generan espacios de control ciudadano (y de parte de los propios funcionarios).

También se propone generar procesos de consulta pública para los proyectos de reglamentos, de manera que todos los interesados –y no solo algunos, como sue-

52. En algunos casos, como el MINSEGPRES y el Ministerio de Justicia, la División Jurídica es parte central de las políticas públicas desarrolladas por el Ministerio, de modo que no entraría en la categoría de “División de apoyo”.

53. Boletín 3937-06. En su cuenta 2008 la CGR va más allá al señalar la necesidad de “...consagrar una norma legal que permita asegurar de manera efectiva la necesaria independencia e imparcialidad a los servidores que desempeñen funciones de auditoría y control interno en los organismos de la Administración del Estado en general, lo cual posibilitaría un real fortalecimiento de los sistemas de control interno, aspecto esencial que, a juicio de esta Entidad Fiscalizadora, no se encuentra suficientemente regulada en la actualidad, ni el proyecto de ley que crea el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno (Boletín 3937-06) en trámite. En este sentido se sugiere que los mencionados Auditores, Directores de Control o Contralores Internos, dependan técnica y administrativamente de esta Contraloría General” (p. 157). Parece razonable la idea de dependencia técnica pero no la de una dependencia administrativa, pues de ser así ya no se trataría de un control interno que apoya la gestión, el que resulta tan necesario como el externo.

le ocurrir– puedan acceder a esta información, opinar y, si es del caso, preparar impugnaciones administrativas o judiciales.⁵⁴ Para ello debiera modificarse la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, cuerpo legal aplicable a los actos administrativos de carácter reglamentario (como afirma Pierry A. a partir de sus artículos 3º, 45 y 48a) pero que no contempló previsiones especiales para su elaboración⁵⁵ (solo excepcionalmente existen procesos obligatorios de consulta o participación ciudadana en algunas normas ambientales⁵⁶ o los planes reguladores comunales⁵⁷).

Supresión, sustantiva reducción y/o agilización de la toma de razón

Aplicando las propuestas anteriores debieran reducirse sustancialmente los asuntos sometidos a toma de razón. El solo número de actos que anualmente deben revisarse hace muy discutible la conveniencia de este examen preventivo, en términos de costo/beneficio, especialmente si consideramos la baja tasa de devoluciones y la ausencia de decretos de insistencia. Un criterio razonable sería suprimir la TR en aquellos asuntos que no tengan incidencia contable/presupuestaria o, derechamente, restringirla a un control de naturaleza contable/presupuestaria, de modo que solo operase en los actos que incidan en este ámbito y únicamente respecto de ese aspecto (esto último implicaría una reforma constitucional). De esta manera, la regla general –ya no solo fáctica, sino jurídica– pasaría a ser el control jurisdiccional ex post, a petición de parte. En tanto ello ocurre podrían aplicarse a la TR las normas sobre silencio positivo.

Esta propuesta no implica debilitar los instrumentos de control sobre la Administración. Por el contrario, combinada con las anteriores implica una reordenación de dichos instrumentos que no disminuiría la eficacia del control a nivel agrega-

54. Véase un ejemplo en el Título V de la Ley española 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno (en especial su artículo 24). Pueden consultarse interesantes proposiciones para mejorar este procedimiento en Santamaría P., 2004.

55. Pierry A. apunta algunas dificultades que plantea la aplicación de esta Ley a los reglamentos, señalando que es preciso “...revisar cada párrafo de la ley, para resolver si es susceptible de ser aplicado a los reglamentos, llegándose a la conclusión que varios de ellos, por la propia naturaleza de los reglamentos, no resultan aplicables, y otros..., pudiendo ser aplicables, pueden ser causa de muchos problemas” (2005: 77). Legislar en esta materia permitiría corregir estos problemas, entre los que cabe mencionar la indeseable posibilidad de aplicar a los reglamentos las limitaciones existentes en materia de invalidación (artículo 53) y revocación (artículo 61), cuestión que también critica Pierry A. La posición contraria, de hecho, puede llevar a una virtual petrificación del ordenamiento reglamentario (véase la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 4092/2005 que rechaza aplicar las limitaciones del artículo 53 de la Ley 19.880 a la derogación de un reglamento, confirmada por la Sentencia de la Corte Suprema Rol 4653/2005).

56. Véanse los artículos 32, inc. 3º, y 44 de la Ley 19.300, de Bases del Medio Ambiente (D.O. 09.03.1994), y los artículos 17 y ss. del Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión (DS 93/1995, MINSEGPRES, D.O. 26.10.1995) y 9º y ss. del Reglamento que Fija el Procedimiento y Etapas para Establecer Planes de Prevención y de Descontaminación (DS 94/1995, MINSEGPRES, D.O. 26.10.1995).

57. Véase el artículo 43, incisos 2º a 5º, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en el texto fijado por la Ley 19.778 (D.O. 10.12.2001), y el artículo 2.1.11. de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (DS 47/1992, MINVU, D.O. 16.09.1992).

do ni arriesgaría nuestros estándares de probidad sino, más bien, incrementaría uno y otros, sin perjudicar una adecuada gestión administrativa.

Un cambio de esta naturaleza supone una alteración importante en nuestro sistema de control, pero aplicadas las propuestas señaladas precedentemente –y teniendo a la vista las experiencias comparadas– equilibra razonablemente la relación entre el control y la gestión en el mundo público. Con todo, para llegar a este estadio convendría profundizar la medición de la eficacia y eficiencia de la TR versus los demás mecanismos de control que se proponen en este trabajo –simplificando, el impacto del control *ex ante* versus el del control *ex post*–, cuantificando los costos y beneficios de uno y otro sistema.

Referencias bibliográficas

- Aguirrea M., P.** (2007). “La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística. Comentario del caso Santa Rosa de Las Condes”. En *Revista de Derecho Administrativo*, 1, LexisNexis, pp. 119-140.
- Aldunate L., E.** “La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”. En *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, tomo II, 2005, pp. 19-30.
- Aldunate L., E.; E. Cordero Q., R. Letelier W.** (2007). *Hacia la modernización de la Contraloría para mejorar los niveles de transparencia en Chile*. Santiago de Chile, PNUD (inédito), 2007, 38 pp.
- Aróstica M., I.** (2007). “La Contraloría hoy”. En *Actualidad Jurídica*, 16, pp. 127-142.
- (1991). “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”. En *Revista de Derecho Público*, 49, pp. 131–168.
- Bordali S., A.; J.C. Ferrada B.** (2008). *Estudios de Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis, 242 pp.
- Carmona S., C.** (2004). *Apuntes de Clases Derecho Administrativo*. Unidad VI. El principio del control. 2. El control externo, jurídico y no jurisdiccional de la Administración. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 114 pp.
- “El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003”. En Juan C. Ferrada B. *La Justicia Administrativa*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Contraloría General de la República.** Cuenta Anual 2008, 205 pp.
- Cordero V., L.** (2007). *El control de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: LexisNexis, 189 pp.
- (2007b). “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”. En *Revista de Derecho Público*, vol. 69 (Actas de las XXXVI Jornadas de Derecho Público), Universidad de Chile, pp. 153-166.
- Ferrada B., J. C.; A. Bordali S., K. Cazor A.** (2003). “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 14, pp. 67-81.

- Fiamma O., G.** (1986). “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo”. En *RDJ* tomo 83 núm. 3, pp. 123 y ss.
- Jara S., J.** (2004). *La nulidad de derecho publico ante la doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Libromar, 285 pp.
- Lazo V., X.** (1999). “Nuevas perspectivas del control externo en Italia. Análisis de la reforma de la Corte dei Conti”. En *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XX, pp. 283-297.
- Muñoz L., F.** (2006). “Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2006, tomo. II, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., pp. 115-130.
- Pantoja B., R.** “La Inexplicable Ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile”. En *Revista de Derecho* (CDE), 13.
- (2000). La jurisdicción contenciosa-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001. Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Parejo A., L.** (2008). Problemas actuales del derecho de administrativo (inédito).
- (2001). Reflexiones en torno al control del poder público administrativo y la pertinencia de su especialización en un orden jurisdiccional contencioso administrativo. En *Revista de Derecho* (CDE), 3, pp. 13-27
- Pierry A., P.** “Tribunales contencioso administrativos en Chile”. Ponencia presentada en el XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala, 7-10 de noviembre de 2006 (disponible en <<http://www.clad.org.ve/fulltext/0055202.pdf>>).
- (2005). “Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”. En *Revista de Derecho* (CDE), 13, pp. 71-82.
- (2000). “Tribunales Contencioso-Administrativos”. En *Revista de Derecho* (CDE), 2.
- Pinto, S.; L.M. Méndez; S. Vergara** (1977). Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República. 1541-1927. Santiago: Contraloría General de la República.
- Rajevic M., E.** (2007). “La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad”. En *Revista de Derecho Público*, vol. 69 (Actas de las XXXVI Jornadas de Derecho Público), Universidad de Chile, pp. 36-59.
- Santamaría P., J.** (2004). “La Administración como poder regulador”. En VV.AA. *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*. Madrid: INAP, pp. 422-435.
- (2004b). “Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas”. En VV.AA. *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. Madrid: INAP.
- Silva C., E.** (1945). *La Contraloría General de la República*. Santiago de Chile: Nacimiento.
- Soto K., E.** (2006). “La toma de razón y el llamado ‘alcance’”. En *Revista de Derecho* de la Universidad Finis Terrae, año X, núm. 10, pp. 73-83.
- (2006b). “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”. En VV.AA. *Sentencias Destacadas 2006*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo.
- (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 480 pp.

- (1977). “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)*. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, pp. 165-189.

Valdivia O., J.M. “¿Para qué cambia Contraloría el régimen de la toma de razón?”, diciembre de 2008, en <<http://decive.blogspot.com/>>.

Waissbluth, M. La reforma del Estado en Chile 1990-2005. De la confrontación al consenso. Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, 2006.

- “Una revolución en la Contraloría”. En revista *Qué Pasa*, 03.11.2006 [disponible en <<http://www.mariowaissbluth.com/secciones/articulos/pdf/contraloria.pdf>>, consultado el 26.12.2006].

ABREVIATURAS EMPLEADAS

CGR: Contraloría General de la República.

DCGR: Dictamen Contraloría General de la República.

DFL: Decreto con Fuerza de Ley.

D.O.: Diario Oficial.

DS: Decreto Supremo.

LBPA: Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, publicada en el D.O. de 27.06.2003.

LOCCGR: Ley 10.336, de 1952, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado fue fijado por el DS 2421/1964, Ministerio de Hacienda, publicado en el D.O. de 10.07.1964.

TR: Toma de razón.