



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



F368  
201

**MAGÍSTER EN DERECHO**  
**(“LEGUM MAGÍSTER”)**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**  
**AÑOS 2010-2011**

**TESIS**

**“LA EXCLUSIÓN DEL CONTROL DE MÉRITO DEL PODER DE CONTROL DE  
LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA”.**

**TESISTA:** Alfredo A. Ferrada Valenzuela  
**PROFESOR GUÍA:** Juan Carlos Ferrada Bórquez.



**MAG**  
**F368e**  
**2011**

Errázuriz 2120 – tercer piso – Teléfono 2507119 – Fax 2507066 – Valparaíso  
E-mail: [postgrado.derecho@uv.cl](mailto:postgrado.derecho@uv.cl)



Gracias a mi familia, por acompañarme en este viaje  
Académico de nunca acabar, en especial, a Irene Magdalena.

**ABREVIATURAS.**

**C.C.:** Código Civil.

**CPR:** Constitución Política de la República

**CGR:** Contraloría General de la República

**D.L.:** Decreto Ley

**D.F.L.:** Decreto con Fuerza de Ley

**D.S.:** Decreto Supremo

**LOCBGAE:** Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575.

**LBPAE:** Ley de Bases de los Procedimientos de la Administración del Estado N°19.880.

**LOCCGR.:** Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República N° 10.336.

**T.C.:** Tribunal Constitucional

## INDICE.

	<b>Pág.</b>
Agradecimientos	
Tabla de Abreviaturas.....	3
Índice.....	4-7
Introducción.....	8-10
 <b>CAPITULO I.- PRINCIPIOS Y FUNCIONES DEL ESTADO</b>	
<b>1. Aspectos generales.....</b>	<b>11-12</b>
<b>1.1.- División de poderes, separación de poderes, potestades.....</b>	<b>12</b>
1.1.1.- Teoría.....	12-13
1.1.2.- Doctrina nacional.....	13-14
1.1.3.- De las potestades.....	14-16
<b>1.2.- El bloque jurídico administrativo.....</b>	<b>16</b>
1.2.1.- Estado de Derecho.....	16
1.2.2.- Gobierno y Administración del Estado.....	17
1.2.3.- Bloque de constitucionalidad.....	17-18
1.2.4.- Bloque de legalidad.....	18-19
<b>1.3.- Funciones del Estado, función ejecutiva .....</b>	<b>19</b>
1.3.1.- Clasificación de las funciones.....	19-20
1.3.2.- Función de Gobierno y Administración.....	20-21
<b>1.4.- Actos administrativos.....</b>	<b>21-22</b>
1.4.1.- Concepto y definición.....	22-23
1.4.2.- Contenido del acto.....	23-24
1.4.3.- Distinción entre decisiones.....	24-26
1.4.4.- Control de los actos de Gobierno.....	26
<b>1.5.- Función de control del Estado, Órganos.....</b>	<b>27</b>
1.5.1.- Concepto y aplicación.....	27

1.5.2.-	Órganos y formas de control. ....	27-28
<b>1.6.-</b>	<b>Tipos de control</b> .....	28
1.6.1.-	Clasificación.....	29-30
1.6.2.-	Fundamento jurídico del control. ....	30-31
1.6.3.-	Actos administrativos controlables. ....	31
<b>1.7.-</b>	<b>El Control de la Contraloría General de la República</b> .....	32
1.7.1.-	Historia. ....	32-33
1.7.2.-	Modificaciones a la ley Orgánica.....	33-34
1.7.3.-	Extensión y alcance de sus competencias. ....	34-35
1.7.4.-	Jurisprudencia. ....	35-36

## **CAPITULO II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

<b>2.-</b>	<b>Aspectos generales</b> .....	37
<b>2.1.-</b>	<b>Control de Legalidad</b> .....	37-38
2.1.1.-	Origen del control. ....	38
2.1.2.-	Regulación normativa.....	38-39
2.1.3.-	Finalidad del control. ....	39
2.1.4.-	Contenido del examen.....	39-40
<b>2.2.-</b>	<b>Control de legalidad y Toma de Razón</b> .....	40-41
2.2.1.-	Toma de Razón. ....	41-42
2.2.2.-	Actos eximidos de Toma de Razón. ....	42-43
2.2.5.-	Estadística.....	43-44

### CAPITULO III.- CONTROL DE MERITO O CONVENIENCIA

<b>3.- Aspectos generales</b> .....	45-46
<b>3.1.- La positivación del artículo 21B) de la Ley N° 10.336</b> .....	46-47
3.1.2.- Objeto de la modificación del artículo 21°.....	47-48
<b>3.2.- La administración financiera del Estado</b> .....	48-50
<b>3.3.- Discusión de Ley modificatoria N° 19.817</b> .....	50-51
3.3.1.- El artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336.....	51-52
<b>3.4.- Orígenes del mérito</b> .....	52-53
3.4.1.- Origen en el Derecho comparado.....	53-54
3.4.2.- Origen en el Derecho nacional.....	54
<b>3.5.- Criterios de distinción entre legalidad y mérito</b> .....	54-55
3.5.1.- Principios.....	55
3.5.2.- Criterios.....	55-57
<b>3.6.- Potestades administrativas y el mérito de los actos administrativos</b> .....	57
3.6.1.- La potestad discrecional.....	57-58
3.6.2.- La discrecionalidad en la doctrina.....	58-59
<b>3.7.- La decisión política y el mérito</b> .....	59-60
3.7.1.- La doctrina y la decisión política.....	60-61
3.7.2.- El control de la decisión administrativa o política.....	61
<b>3.8.- El contenido de la decisión administrativa o política</b> .....	61-62
3.8.1.- Los hechos y el mérito de los actos administrativos.....	62-63
3.8.2.- Los antecedentes contenidos en la decisión.....	63-65
<b>3.9.- Contenido del examen de mérito</b> .....	65-66
<b>3.10.- El motivo y motivación en relación al mérito</b> .....	66
3.10.1.- El motivo en la ley.....	67
3.10.2.- El motivo y motivación en la doctrina.....	67-68
3.10.3.- El motivo y la motivación en la jurisprudencia administrativa.....	68-70
3.10.4.- La motivación y el mérito de los actos administrativos.....	70
<b>3.11.- De las prohibiciones de evaluar el mérito</b> .....	71-72
3.11.1.- La prohibición de controlar el mérito en la doctrina.....	72-73

3.11.2.- La prohibición de controlar el merito en la CGR.....73-74  
3.11.3.- La prohibición de controlar el mérito en los tribunales.....74-75

**CONCLUSIONES.....76-77**

**BIBLIOGRAFÍA.....78-81**

## INTRODUCCIÓN.

Este trabajo de investigación ha buscado conocer y comprender el sentido y alcance del enunciado contenido en el artículo 21 B) de la LOCGR N° 10.336, el cual se refiere a excluir del control de la CGR el mérito o conveniencia de la decisión administrativa o política que esta contenida en los actos administrativos dictados por la Administración Activa. La revisión preliminar del estado del arte, me permitió comprobar que no se había atacado en profundidad por la doctrina el conocimiento de estos conceptos, que no abundaban textos referenciales al respecto, que al hablar de ellos, no existía una definición concreta, que se mezclaba con otro concepto como la oportunidad. En suma, no se tenía claro en que consistían, que elementos lo componen y cómo influyen éstos en la decisión administrativa o política, hecho que este trabajo pretendemos dilucidar.

Constaté que hasta el año 2002, la doctrina y jurisprudencia estaban contestes que los órganos de control, sin mediar por medio alguna norma positiva que así lo declarase, se abstendían de evaluar las decisiones administrativas o políticas de la Administración del Estado. Para ello no existían claras razones, pero la historia de la ley N° 19.817, que modificó el artículo 21 de la LOCGR N° 10.336, permite comprender éstas. La norma resultante, o sea, el artículo 21 B), ahora excluye expresamente a la CGR de poder evaluar el mérito o conveniencia de los actos administrativos al momento de controlar la legalidad de las decisiones de la Administración del Estado. Los tribunales de justicia, tácitamente también se abstienen, ya que controlar el mérito o la conveniencia del acto significaría interferir en otro poder del Estado.

He podido comprobar en este trabajo, que los conceptos de mérito o conveniencia que tienen su origen en el derecho europeo continental, son parte fundamental del acto. Éstos, sólo pueden ser interpretados en forma exclusiva y excluyente por el Poder Ejecutivo. Ponerlos en práctica, es resorte de la autoridad, la cual hace uso para estos menesteres de la potestad reglada y discrecional que la Carta Fundamental ha puesto en manos de ella. Respecto de la norma de derecho público que propicia la decisión administrativa o política, en la mayoría de los casos,

regla la conducta de los administrados, es decir, contiene las circunstancias fácticas que determinan la conducta de éstos. En su ausencia o indeterminación, es la autoridad la única que la pondera y aplica.

Estos hechos, vienen en explicar en parte la exclusión de la CGR de evaluar estas decisiones, lo que venía ocurriendo desde tiempos pretéritos, ya que en forma tácita los órganos externos a la Administración del Estado, llámense políticos, administrativos o jurisdiccionales se habían autolimitado de evaluarlos, por razones de Estado.

La Tesis la he dividido en 3 capítulos, que se desarrollan a través de los métodos planteados en el proyecto, buscando satisfacer la hipótesis del trabajo que espera dar respuesta al problema jurídico planteado. En forma progresiva esta investigación permitirá visualizar como se estructura el Poder dentro del Estado, como se controla y como éste le permite a la Administración tomar decisiones políticas o administrativas, decisión que además del contenido legal, lleva un contenido de mérito o de conveniencia.

A partir del capítulo I, la “Principios y Funciones del Estado”, se revisa cómo se relaciona la institucionalidad vigente con el poder y dentro de éste, que rol juega la función de control en la Administración. Veremos en este apartado, sus características, su clasificación, que órganos ejercitan las distintas funciones estatales y que instituciones lo regulan. En el segundo capítulo, del “control de legalidad”, la legalidad y juricidad se estudian como principios ordenadores de la actividad administrativa; como influyen en la actividad de los órganos públicos, que tipos de control existen y la oportunidad, extensión y alcance de su examen. Para luego, en una breve mirada y dentro del tema, observar el trámite de toma de razón, donde mostraré en una sucinta revisión estadística, su evolución a través de los años.

Finalmente, en el tercer capítulo denominado “control de mérito”, se estudia y revisa todo lo atinente al mérito o conveniencia de la decisión, criterios de distinción, características, componentes legales y doctrinales, jurisprudencia

administrativa y de tribunales, origen legal, relación con el motivo y motivación del acto y con los antecedentes materiales y jurídicos que lo fundamentan.

La motivación jurídica

Contra los actos administrativos que se emiten en el ejercicio de las funciones de policía administrativa, los interesados tienen derecho a ser oídos y a ser oídos en el momento oportuno, antes de que se emita el acto administrativo. Este derecho se refiere a la oportunidad de ser oídos, no a la oportunidad de ser oídos en el momento oportuno, antes de que se emita el acto administrativo. Este derecho se refiere a la oportunidad de ser oídos, no a la oportunidad de ser oídos en el momento oportuno, antes de que se emita el acto administrativo.

La motivación de los actos administrativos es un deber de los funcionarios públicos y la responsabilidad de los actos que se emiten en el ejercicio de las funciones de policía administrativa. Este deber se refiere a la oportunidad de ser oídos, no a la oportunidad de ser oídos en el momento oportuno, antes de que se emita el acto administrativo.

La motivación de los actos administrativos es un deber de los funcionarios públicos y la responsabilidad de los actos que se emiten en el ejercicio de las funciones de policía administrativa. Este deber se refiere a la oportunidad de ser oídos, no a la oportunidad de ser oídos en el momento oportuno, antes de que se emita el acto administrativo.

## CAPITULO I.- PRINCIPIOS Y FUNCIONES DEL ESTADO

### 1.- Aspectos generales.

Contar con un sistema general de control en la Administración del Estado es una de las ideas básicas en un Estado de Derecho. El Estado para lograr este propósito, se establece sobre principios generales que enmarcan su organización, funciones y competencias. Contar con estas sólidas bases, permitirá evitar el abuso del Estado sobre sus ciudadanos. Para desarrollar el tema de la tesis, es necesario revisar diferentes elementos jurídicos de nuestro ordenamiento y, conocerlos, permitirá construir parte de la respuesta al problema jurídico planteado en este trabajo.

La importancia de constituir un sistema de control sobre la Administración, permite a la sociedad tener conocimiento de los actos que esta realiza, su ejercicio se lleva a cabo mediante controles internos y externos, llámense éstos políticos, administrativos o judiciales. En nuestro ordenamiento jurídico se ha dado un paso aun más significativo en este sentido, se ha dictado en el año 1997 un Decreto Supremo Nº 12, el que crea el Consejo de Auditoría Interna del Gobierno. Con esto, sin duda se ha reforzado el Sistema de Control de la Administración del Estado con el objeto de controlar la eficiencia, eficacia y probidad de ésta en el uso de los recursos y medios que se ha puesto en sus manos.

Esta intención queda meridianamente clara en el Mensaje Presidencial que se envía al Parlamento para dotar de más atribuciones a la CGR. En éste se observa una especie de declaración de principios, señalando que, “se torna imprescindible, tal cual se advierte por lo demás a nivel internacional, sea en el ámbito público como en el privado, disponer y fortalecer los mecanismos de control interno de las instituciones y empresas, dependientes o relacionadas con el Poder Ejecutivo, visto el influjo que ejerce en la actividad de una nación así como los cuantiosos recursos de que dispone para la recta administración de los intereses públicos”. (Mensaje Presidencial 2005, Boletín 133-153, p.4).

Visto lo enunciado, queda hacerse la pregunta ¿que se le controla a la Administración?, la respuesta es la legalidad de sus actos, sean materiales o jurídicos. Por regla general se controla que los órganos públicos actúen subordinados a la Constitución y a las Leyes. ¿Existe un único sistema de control para toda la Administración?, la respuesta es no, porque existen tantos controles como órganos internos y externos tiene la Administración del Estado.

El desarrollo de este Capítulo nos permitirá revisar, las bases y fundamentos de la estructura organizacional del Estado, a partir, de la teoría de división y separación del poder en el Estado, de sus potestades, de las funciones que desarrollan sus órganos, de los tipos de control y como lo ejerce la Contraloría General de la República.

## **1.1.- División de poderes, separación de poderes, potestades**

### **1.1.1.- Teoría.**

Desde los albores del Estado y siguiendo las teorías principalmente de Locke y Montesquieu, se estableció que el poder debía dividirse o separarse por un asunto de resguardo de las libertades de las personas y para controlar el abuso de los gobernantes. Desde ese entonces que conocemos que el poder se dividió en tres ramas autónomas una de la otra, denominadas Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Los comentaristas que a continuación revisamos, aludiendo a Locke, en su obra “Segundo Tratado de Gobierno Civil” de mediados del siglo XVII, señalaban que estaba convencido que un Contrato hace salir a los hombres de su estado de naturaleza, para ingresar a la sociedad civil, donde encuentra seguridad. Pero el pacto no entraña renunciar a aquella parte de libertad que este jurista considerará inalienable. Esta libertad dicen estos autores, para Locke, se garantiza mediante la separación de poderes. En el mismo texto, señalan que la libertad para Montesquieu en su obra “el Espíritu de las Leyes”, descansa sobre la división de los poderes, a

saber, legislativo, ejecutivo y judicial, adscritos a órganos separados entre sí. (Verdugo Marinkovic-García Barcelatto: 1988, pp.199-200- 201).

Se infiere de lo comentado por estos autores, que éstos, rescatan del pensamiento teórico de Locke y Montesquieu, que el motivo último o donde se fundamenta esta Teoría, es en el valor que le dan a la libertad personal del ciudadano dentro de la estructura del Estado, cual debe estar protegida, porque ambos temen, que el abuso del Poder sin control, haga perder al Ciudadano este derecho fundamental.

Respecto de este último, el profesor Silva Bascuñan señala que, “la novedad y trascendencia de su pensamiento se encuentran en que sostiene en que la única manera que se mantenga un Estado en libertad de los ciudadanos es que se entregue a órganos diferentes la tarea de crear la ley, la de cumplirla y la de decidir las controversias.” (1984: p. 57).

Referido a la separación de poderes, Malagón Pinzón refiriéndose a Locke, señala que éste concebía estos poderes en el Estado como legislativo que crea el derecho, el ejecutivo que da el respaldo de la fuerza a las decisiones del legislativo y por último el federativo que se encarga de dirigir las relaciones internacionales. Citando luego a Montesquieu, señala que éste reafirmo estos argumentos, señalando que el Estado se compone de tres poderes: el legislativo que crea la ley, el ejecutivo que se ocupa de las relaciones internacionales y de los asuntos internos y el judicial que dice el derecho. (2006: pp.24-25).

### **1.1.2.- Doctrina Nacional.**

Al respecto, recorriendo la historia de la mano de Cea Egaña, éste nos dice que elementos de la teoría de la división o separación de los poderes del Estado se encuentran en “La política” de Aristóteles (312 A.C.), en obras de Marcilio de Padua (1275-1342), Nicolás de Cusa (1404-1464), en los libros de Maquiavelo, Bodin y Sieyes al despuntar el Estado Moderno. Empero, fue John Locke en su obra “Dos Tratados del Gobierno Civil” (1680) el más claro precursor de la Teoría que, en

1748, formuló Montesquieu en su “Espíritu de las Leyes”. (2000: p.57). El mismo autor, al igual que lo citados precedentemente, señala “que en su médula, esa Teoría es, asimismo, profundamente comprometida con la defensa de la libertad, en el sentido de que la división de poderes o separación de funciones se divisa como mecanismo más adecuado para salvaguardar aquel valor humano” (2000: p.58).

Indica otro autor, que al aplicar esta Teoría de la separación o división del Poder en un Estado de Derecho constitucional, democrático y social, permite que claramente se distingan “tres potestades o autonomías funcionales distintas que constituyen otras tantas actividades de que el Estado se vale para cumplir sus finalidades de ordenación jurídica...” (Silva Cimma, 1968:p.22). En él, cada Órgano Público tiene un rol particular dentro del Estado y, es vital, que cada uno ejecute su función determinada separadamente del otro (Madariaga, 1993:p.41), citando a Montesquieu, señala el autor, “que se deben separar los entes entre los que hacen la ley, los que deben cumplirlas y los que deciden las controversias”. (Silva Bascuñan, 1984: p.57).

Prado Bustamante por su parte, precursor del derecho administrativo nacional, observaba la teoría de la separación del poder como una especie de desmembramiento. Donde el Gobierno, simbolizado en una sola persona, se fraccionaba a un conjunto de órganos. (Ruiz Rozas, 2009:p.38). Todos los autores consultados en el tema, coinciden en que la división o separación del poder es un elemento sobresaliente en el resguardo y promoción de la libertad de la persona y el bien jurídico superior dentro de un Estado de Derecho.

### **1.1.3.- De las potestades.**

En esta división comentada, el Poder Ejecutivo, llámese Gobierno y Administración del Estado, le corresponde al Presidente de la República ejercerlo, la carta fundamental en el artículo 24° señala que, “El Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado”. ambas tareas y, su ejercicio, la realiza o, legislando de acuerdo al enunciado del numeral 1° del artículo 32 o, mediante la potestad reglamentaria del numeral 6° del

mismo artículo. Lo anteriormente dicho, es reconocido por autores y académicos nacionales (Ferrada Bórquez, 2007: p, 76).

Para ejercer la Potestad que se le otorga, se ha dicho frecuentemente en la doctrina que está se divide en Potestad Ejecutiva o Administrativa y la Potestad Reglamentaria. Clasificando la primera en, imperativa o de mando; correctiva o disciplinaria y; activa. Respecto de la segunda, ésta se clasifica en potestad reglada y potestad discrecional, (Varas, 1948: p.60-62). Ahora bien, la llamada Potestad Reglamentaria prescrita en el N° 6 del artículo 32 de la CPR, le permite al Ejecutivo dictar normas, “en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crean convenientes para la ejecución de las leyes”.

Respecto de ésta, Silva Bascuñan señala que “ la atribución tanto de dictar normas generales dirigidas a proveer la mejor ejecución de las leyes, como de expedir, en concreto, las ordenes o resoluciones singulares que representen la plena realización del contenido preceptivo de las leyes, se llama potestad reglamentaria”.(1984: p.67). Refiriéndose a estas potestades, se señala que se ejercen con el propósito de poner en aplicación y ejecución las leyes dictadas por el Órgano Legislativo. (Cea Egaña: 2000, p.137).

En el derecho argentino, Gordillo, también establece un criterio de distinción y nos entrega un concepto de ambas potestades, “las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”. (1997: VIII-14).

Como se puede apreciar de lo comentado, con el correr del tiempo, las ideas de estos precursores respecto de la división y separación poder fueron perfeccionándose hasta alcanzar en el Estado de Derecho su plena ejecución. En este Estado actual, el

ejercicio del poder está dividido y sus funciones se realizan separadamente por distintos órganos estatales, donde cada órgano, cuenta con facultades y competencias propias para realizar sus cometidos.

## **1.2.- El bloque jurídico administrativo**

Para intentar llegar al punto vital de la investigación pretendida es necesario revisar el andamiaje jurídico de nuestro Estado de Derecho. para lograr esto, será preciso analizar los fundamentos jurídicos en el cual se apoya la actuación de los órganos de Gobierno y de la Administración del Estado y, de este conocimiento obtenido, comprender la magnitud de los cometidos estatales que se tienen que controlar. Esta institucionalidad constitucional y legal del Estado, basada en valores, principios y normas, constituyen los bloques jurídicos de constitucionalidad y de legalidad que esperamos dar a conocer en esta parte del trabajo.

### **1.2.1.- Estado de Derecho.**

La doctrina y la jurisprudencia están contestes que el Gobierno y la Administración del Estado deben actuar siempre sometidos a la Constitución y las Leyes. Es decir, a un Estado de Derecho. Esto quiere decir, que, sus actos y decisiones deben ser ejercidos dentro de los cánones constitucionales y legales o, dicho de otra manera, deben actuar basados en la legalidad. Concepto que abarca toda la estructura normativa del Estado, en otras palabras, es el ordenamiento jurídico dado. La Constitución la consagra en los artículos 6° y 7°, en los llamados principios de juricidad y de legalidad.

Para Cea Egaña, la legalidad consiste en que la decisión la tome un órgano estatal que fue debidamente investido, que actúa dentro de su competencia y con las formalidades establecidas en la ley, hecho que para él, está prescrito en el inciso primero del artículo 7°, donde se encuentra la triple exigencia de la Administración. (2000, p.40). En este mismo sentido, para Moraga Kleiner, especial importancia para el derecho administrativo tiene el inciso segundo del artículo 7°, pues allí señalan, que se encuentra la regla de oro del Derecho Público chileno. (2008: p.312).

### 1.2.2.- Gobierno y Administración del Estado.

El Gobierno como principal Órgano del Estado está radicado en la persona del Presidente de la República como ya se ha dicho precedentemente, Él es el supremo administrador del Estado (Varas, 1948:p.60), distinguiéndose entre ambas instituciones, en que el Gobierno manda y la Administración ejecuta. (Ruiz Rosas, 2008: p.35). Siguiendo esta misma línea, Verdugo Marinkovic y García Barcelatto definen al “Gobierno como el ejercicio del poder supremo” (1988: p.195).

Para cumplir con su mandato constitucional, al Presidente se le confieren atribuciones especiales en el N° 1 del artículo 32° de la CPR, primero, como colegislador, señalándose que podrá “concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas” y, segundo lugar, facultándolo para dictar reglamentos, decretos e instrucciones en numeral 6° de ese mismo artículo, es decir, se le dota de potestad reglamentaria, “ en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos , decretos e instrucciones que crean convenientes para la ejecución de las leyes.”

Como se dijo anteriormente, la función de gobernar y administrar persigue poner en ejecución las leyes dictadas por el Poder Legislativo, con el objeto de cumplir con los fines del Estado, esto es, que la persona goce del máximo bienestar social que puede brindarle el Estado, o sea, que el bien común sea alcanzado por toda la sociedad. Aunque ambas funciones pertenecen a un mismo poder, se diferencian entre si, como señaló Valentín Letelier en su época, ya citado en los párrafos anteriores, el Gobierno manda y la Administración ejecuta. En otras palabras, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que no es lo mismo un acto que contenga una decisión política, que un acto que contenga una decisión administrativa.

### 1.2.3.- Bloque de constitucionalidad.

Aquí, se encuentra el sustento jurídico donde la Administración del Estado

desarrolla sus funciones y fines. Éste, ~~esta~~ conformado entre otros, por el Derecho Público, el que viene en ~~ser junto~~ a las demás normas legales y reglamentarias, el bloque jurídico ~~administrativo~~, bloque que regula toda la organización, ejercicio y competencias del Estado. Para que funcione este esquema en un Estado de Derecho, la doctrina ha señalado como dogma, que el Poder debe estar sumido a las Normas. (Madariaga Gutiérrez, 1996: p, 36). Normas que se originan o son dictadas conformes a la ~~Constitución~~.

La supremacía constitucional en un Estado de Derecho es un valor en sí, tiene una sustancia de la cual imana todo el entramado jurídico nacional, al respecto, citando a Aztorquiza Altaner, se comenta que éste ha dicho respecto del valor jurídico sustantivo de las normas constitucionales que, en la sustancia normativa del texto, se puede encontrar el alma de la Constitución. (Cea Egaña: 2002, p.175) y, esta alma, sin lugar a dudas, en el caso nacional, se asoma en nuestro ordenamiento jurídico desde el primer Reglamento Constitucional de 1811, apreciándose en ésta, que estos valores y principios han hecho de Chile una nación libre, soberana y respetuosa de las personas.

El texto constitucional ejerce supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico. El texto se fundamenta en valores y principios. Principios que nacen en los principios generales de derecho, los que vienen de esta manera en alcanzar un rango constitucional. (Caldera, 1992: pp. 136-137). Los valores y principios permiten crear instituciones jurídicas que reflejan el pensamiento democrático y republicano del ordenamiento jurídico, esto es, que en nuestro Estado de Derecho se respete y se proteja la dignidad de la persona.

#### **1.2.4.- Bloque de legalidad.**

Nuestro Derecho Público se construye de normas, entre ellas, encontramos leyes y reglamentos. Entre éstas ~~destacamos~~ la Ley N° 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado; la Ley N° 10.336 de la Contraloría General de la República; el Decreto Ley N° 1263 sobre Administración Financiera del Estado y la ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos de la Administración y sus

reglamentos complementarios.

Toda esta base jurídica es la que viene en conformar el Derecho Público y, ésta, permite a los órganos de la Administración del Estado dictar los actos necesarios para el cumplimiento de su finalidad.

### **1.3.- Funciones del Estado. función ejecutiva**

Visto lo señalado anteriormente, las funciones estatales indicadas precedentemente y que recaen en los órganos del Estado, tienen como propósito ejecutar y aplicar las leyes dictadas por el Parlamento, en otras palabras, viene en poner en acción la actividad del Estado.

#### **1.3.1.- Clasificación de las funciones.**

Los órganos estatales se encuentran estructurados en forma ordenada, con el objeto de llevar a cabo sus funciones, actuando dentro de los límites de su competencia. Entre estas Funciones, producto de la teoría señalada anteriormente, se pueden distinguir tres distintas y entregadas a tres órganos diferenciados, como el legislativo, los administrativos y jurisdiccionales (Madariaga, 1996: p.41). Pero, estas funciones estatales también pueden apreciarse en sentido orgánico o estructural; formal o procesal y; sustantivo o material. (Cea Egaña, 2000: p, 77), sosteniéndose por otros, que la separación de funciones en órganos distintos, permite prevenir el abuso del poder. (Verdugo Marinkovic y García Barzelatto, 1988: p, 205).

Estos últimos juristas dicen que, “El gobierno ejerce funciones, que son las diversas actividades desarrolladas por el Estado en el ejercicio o cumplimiento de sus fines”, continúan expresando en ese mismo sentido, “las funciones del Estado citando a Maurice Hauriou, son las diversas actividades de la empresa de gobierno, consideradas con arreglo a las directivas que les imprimen las ideas estatales, por ejemplo, las ideas de interés general, de centralización, etc.” (1988: p.196). Lo que muchos años después, otro autor confirma, señalando al igual que el anterior, que es necesario distinguir tres sub-funciones: Ejecutiva, Administrativa y Política. (Cea

Egaña, 2000: p. 135).

### 1.3.2.- Función de Gobierno y Administración.

Pantoja Bauza citando el “Diario de Sesiones del Senado, sesión 23a., martes 6 de agosto de 1991. ~~Discusión~~ particular del proyecto, artículo 7º” señala que en el marco de la discusión de la reforma constitucional concretada por Ley 19.097 en el Gobierno del Presidente ~~Ayíala~~, se impulsó una profunda reforma constitucional, que viabilizó la primera gran reforma de la administración del Estado correspondiente a los nuevos tiempos.

En efecto, señala que “en ella incorporó al texto político el concepto funcional de la administración para el desarrollo”. Expresa que las Comisiones Unidas del Senado y de la Cámara de Diputados respecto de las funciones de Gobierno y Administración las definen de la siguiente manera: “la función de gobierno implica la potestad de tomar decisiones y es, por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tienda a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa, siendo una de sus características el poder adoptar resoluciones discrecionales”.

“A su turno, la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de de los servicios públicos”. (2005: pp.201).

Discusión que es muy importante para este trabajo, como se vera más adelante, al respecto, el Parlamento señala que “la función de gobierno implica la potestad de tomar decisiones y, es, por tanto, una facultad de imperio y, que “la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las ~~normas~~ legales y decrétales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de de los servicios públicos.” (Pantoja Bauza: p. 201).

En lo que concierne a la función de Administrar el Estado, este mismo autor, señala que existe una clara distinción entre hablar de Administración Pública y Administración del Estado, distinción que la toma del Dictamen N° 50.453 del año 1960. (1977: p.203). Posteriormente, este criterio es cambiado por el Tribunal Constitucional y la distinción planteada por Pantoja Bauza es derribada por el fallo N° 39-1986.

La discusión se da a propósito del pronunciamiento sobre la constitucionalidad del "Proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado N° 18.575"; el tribunal en esa ocasión, analiza en los numerales 3°, 4° y 5° el inciso primero del artículo 38° de la CPR, donde se incluye indistintamente la expresión Administración del Estado y Administración Pública, resolviendo que no existe diferencia entre ellas, ya que ambas expresiones deben tenerse como sinónimas, en su sentido más amplio y genérico.

Lo que viene a cambiar la percepción que tenían los juristas hasta ese entonces. De la función ejecutiva, tomada como expresión de Gobierno y Administración del Estado, se señala que es la función encargada de la aplicación de las leyes, (Silva Bascuñan 1984: p.212). Los juristas señalaban allá por el año 1984, que en la función ejecutiva se debe distinguir entre la ejecución, la administración y el poder gubernamental (Silva Bascuñan, 1984: p.67).

Basado en esta distinción, la Administración del Estado en su conjunto se expresa frente a la ciudadanía y demás entes Orgánicos de la estructura del Estado mediante decisiones administrativas y políticas. Tales decisiones de acuerdo al mandato legal del artículo 3° de la ley 19.880 sobre procedimientos de la Administración del Estado son los llamados actos administrativos.

#### **1.4.- Actos administrativos**

Para comprender su importancia, objeto, finalidad, características, debemos conocer la definición legal que se le ha dado en la norma, para luego, comprender su aspecto conceptual, en otras palabras, de que se trata y, que dicen de él los juristas

nacionales y extranjeros.

#### 1.4.1.- Concepto y definición.

En el capítulo anterior señalamos que los actos administrativos y su concepto legal lo encontramos en la ley 19.880 sobre procedimientos de la Administración del Estado. Precisamente en el artículo 3º, donde se entrega un completo catálogo de ~~ésta~~, prescribiéndose que, "Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos", definiéndolo como sigue: "Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.". Además, la ley establece que forma deben tener estos actos, "los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones".

Importante para nuestra tesis es determinar quien dicta uno u otro, el decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro... "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia. Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión delegada de la potestad antes dicha.

No limitándose el catálogo sólo a estos dos tipos de actos administrativos, sino que se amplían a los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. Si éstos son dictados por órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Finaliza este artículo estableciendo ciertos criterios de legalidad al señalar que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo, que mediere una orden de

suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional. Con todo, estos actos administrativos deberán siempre respetar los requisitos de forma y fondo que establece el ordenamiento jurídico.

El requisito de forma dice el profesor Silva Cimma, se satisface con: “la firma, su numeración, fechado, imputado correctamente y no debe contener alteraciones o enmiendas.” (1968: pp.261-266). Respecto del fondo, el mismo autor señala en la página citada anteriormente, “los requisitos de fondo que debe cumplir todo decreto dicen relación con la circunstancia de que el Presidente de la República obre dentro de sus facultades y con la constitucionalidad y legalidad de sus disposiciones”. Prosigue señalando que, “el contenido debe ajustarse a las disposiciones generales de la Constitución Política o a las especiales de la ley”. Como se observa, nada dice en que consiste el contenido.

#### **1.4.2.- Contenido del acto.**

La ley sobre procedimientos administrativos o LBP AE N° 19.880 establece en los artículos 11°, 18° y 41° que el acto debe estar fundamentado en los hechos y el derecho y materialmente en un expediente donde se encuentran los antecedentes que lo motivaron o causaron. Velasco Letelier nos aclara un poco más acerca del contenido, dice respecto de los fundamentos de fondo que se tiene en cuenta para dictar el acto, que “había que distinguir entre fundamento de la decisión y los motivos o antecedentes circunstanciados que se tuvieron en cuenta para dictar el acto.” (1986: pp.172). En otras palabras, se puede inferir de lo dicho que, el fondo del acto debe estar fundamentado, respaldado en antecedentes y tener circunstancias de hecho, es decir, que este motivado.

El acto administrativo se dice en el derecho comparado, es propio del ejercicio de la función administrativa, es decir, emana de un órgano público. (Gordillo, 1979: p.I-14). El acto también es visto como el ejercicio de la Administración del Estado, que pasa a ser el eje sobre el cual se ejerce la actividad administrativa (Sánchez Torres, 2004: p. 19), respecto a la importancia que tienen los actos administrativos en la sociedad, se señala que éstos, repercuten en todo ámbito que importen a los

ciudadanos (Parada, 1997: p.92).

De esta revisión del acto administrativo, es interesante lo que dice el jurista colombiano Sánchez Torres: “desde un punto de vista teórico, los elementos que se identifican dentro de la estructura del acto administrativo de conformidad con los parámetros anotados son: Elemento subjetivo, es decir, quien expide el acto; Elemento objetivo, responde al que del acto administrativo; Elemento formal, responde al cómo se expide el acto administrativo; Elemento finalista: responde el para qué se expide el acto administrativo; y Elemento causal, responde por qué se expide el acto administrativo. Ellos, en otros términos, obedecen a la noción de capacidad, formación del consentimiento, forma y fin del acto.” (2004:p.458).

De lo anterior, debemos distinguir ahora cuales son los actos administrativos de gobierno y del gobierno. De la revisión realizada precedentemente y el interés que tiene para la tesis, la distinción que interesa, es la referida a la separación que realiza la doctrina respecto del enunciado del numeral 1° del artículo 52° de la CPR, ésta ha dicho que son diferentes los “actos del gobierno” y “actos de gobierno” o, mejor dicho, entre decisiones administrativas y decisiones políticas.

#### **1.4.3.- Distinción entre decisiones.**

Para entender en que consisten ambas, es preciso conocer como define la ley a la “decisión”. El artículo 3° de LBPAE, prescribe que “las decisiones escritas que adopte la Administración se expresaran por medio de actos administrativos”. Es decir, legalmente la decisión es un acto administrativo. En el caso particular del problema jurídico de este trabajo, estas decisiones o actos administrativos se materializan en decretos o resoluciones.

Zúñiga Urbina declara que el artículo 3° de la ley 19.880 no hace distinción, no existe diferencia en la forma y el órgano autor del acto político o administrativo; su diferencia es de naturaleza material funcional. Porque funcionalmente los órganos tienen diferentes atribuciones de acuerdo a la Constitución, que son exclusivas de cada uno de ellos, su diferencia no es su móvil o finalidad. (2008: p, 274).

Pero, cual de ellas es un ¿“acto del gobierno” o un “acto de gobierno”? Clarificador resulta el considerando undécimo del fallo de la Corte Suprema, en la causa Rol Nº 6585-2007, “Banco del Estado con Fisco”, donde se establece que, “En efecto, cuando la Constitución Política de la Republica habla en el artículo 52 Nº 1 de “actos del Gobierno”, se está refiriendo a todos los actos del Poder Ejecutivo, esto es, “a los actos de la Administración del Estado”, concepto que es completamente diferente a los llamados “actos de gobierno”, que son aquellos de contenido esencialmente políticos y, no susceptibles de control jurisdiccional”. Misma distinción que encontramos en el inciso final del artículo 53 de ese cuerpo legal.

Cordero Vega, encuentra que uno de los aspectos complejos a determinar en este aspecto, ha sido definir los contornos de la acepción “actos del Gobierno”, porque en principio supone al sujeto de quien emana o a quien pertenecen los actos, y no a una clase específica de éstos, lo que implica, citando al profesor Ferrada, que son actos de “alguien” y no de “algo” (2007:p.136).

Como se expresó anteriormente, las decisiones se materializan en Decretos y, estos pasan a ser políticos cuando dicen relación con el Gobierno, tales como, fijar elecciones populares, sostener relaciones internacionales con otros Estados, nombrar Ministros; son Decretos administrativos los que dictados por las mismas autoridades anteriores, buscan que la actividad administrativas se lleven a cabo con el fin de cumplir los mandatos legales emanados por el Parlamento.( Silva Cimma, 1968: p. 268).

Estos actos, son aquellos que por atribución especial son otorgados en el artículo 32º de la CPR en forma exclusiva en manos del Presidente de la República, entre ellos, los nombramientos de Ministros, Subsecretarios, las Relaciones Internacionales, la suscripción de Tratados Internacionales, etc., todos ellos, se encuentran prescritos en los enunciados de este artículo.

Al respecto y reafirmando lo anterior, Zúñiga dice “en Chile la doctrina del acto de gobierno ha dado cobertura a la no justiciabilidad de las cuestiones políticas”

y, comentando a Cea Egaña, señala que éste, ha hecho una clasificación de cuales a su parecer son los actos de gobierno, “ para quien, el acto de gobierno decide cuestiones excepcionales que interesan a lo público, orientando al Estado, dirigiendo a la sociedad política, pronunciándose sobre los intereses nacionales, internos y externos o resolviendo con prontitud y ante circunstancias no previstas, en materias trascendentes de relevancia general para el país. (2008: p.287).

#### **1.4.4.- Control de los actos de Gobierno.**

Respecto del control jurisdiccional, Cea Egaña nos señala que las decisiones políticas no son controlables por órganos ajenos, sino que por los propios órganos de la Administración (2000: p. 167).

Desde la perspectiva del control judicial de estos actos, los tribunales de justicia han limitado su competencia sin haber norma positiva que así lo declare. Se infiere de la doctrina y jurisprudencia que lo han hecho basados en la teoría de la separación de poderes ya comentada, esto quiere decir, en sucintas palabras, que el único que puede y debe Gobernar es el Poder Ejecutivo, porque si otro lo hiciera, entonces pasaría a cogobernar con éste y, eso, no tiene sentido.

Para los tribunales de justicia, claramente la Constitución entrega una distinción entre actos administrativos y actos de gobierno, como se puede observar en su artículo 45º, a propósito de los Estados de excepción constitucional, señalando que, “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la Autoridad”. Salvo, cuando afecten derechos constitucionales. Enunciado y principio que es aplicable a toda la jurisdicción.

En el derecho comparado, Parada respecto del derecho español señala, “que los actos políticos son únicamente los actos del Consejo de Ministros y no de otras administraciones o autoridades inferiores y que, materialmente, los actos políticos se refieren a las grandes decisiones que afectan al conjunto del Estado, pero no a simples asuntos administrativos, incluso en materias delicadas como el orden público. (1997: p.100).

### **1.5.- Función de control del Estado, Órganos.**

Como se expresó al comienzo de este capítulo, el Sistema de Control enunciado en el epígrafe de inicio de este trabajo, está organizado y centrado en los Órganos del Estado. El control, es una función más que deben realizar éstos.

#### **1.5.1.- Concepto y aplicación.**

Silva Bascuñan respecto de la función de control, expresa que, “en los Estados de Derecho puede entenderse como función de control toda actividad que persigue procurar que los órganos se mantengan fielmente dentro de su respectivo campo, se ajusten al procedimiento indicado para la actividad correspondiente y cooperen armoniosamente al cumplimiento de los fines de la actividad estatal”. (1984: p, 74). En otras palabras, no basta limitar y someter a los órganos del Estado mediante la prescripción de normas señaladas en los artículos 6º y 7º de la CPR a actuar dentro de la juricidad, ergo, legalidad, sino que, debe haber un control efectivo del ejercicio de su función y cometido.

La función de control persigue que los órganos públicos actúen dentro de la constitución y las leyes, es decir, dentro de la legalidad. (Cea Egaña, 2000: pp.203-204). Entendiéndose dice otro autor, que el control tiene como finalidad que la Administración actúe respetando el ordenamiento jurídico vigente (Silva Cimma, 1969: p.150). Así visto, dice Silva Cimma, “el control de la Administración, para algunos, pasa a ser un elemento básico del Estado de Derecho”, ya que logrando que el control sea eficiente, se logra que se tenga una mayor eficacia en la Administración del Estado, por lo que el control toma el carácter de un principio en la administración, (1994: pp.11-13). Misma impresión se tiene más tarde, al señalarse que el control de la Administración pasa a ser en el Estado de Derecho un cuarto principio (Madariaga: 1996, p.69).

#### **1.5.2.- Órganos y formas de control.**

Respecto de los órganos o entes que realizan este control a la Administración

del Estado, como se dijo en los apartados precedentes, este puede ser administrativo, político, judicial y últimamente se denota la existencia de un control social o ciudadano, este último es ejercido directamente, esto es, cada vez que éste concurra a las urnas para elegir a las autoridades que lo representan y, su ejercicio se lleva a cabo mediante el voto castigo. Es decir, si comprueba que el Gobierno comunal, central o, los Parlamentarios que representan a estos mismos ciudadanos no actuaron como es debido, no los reelige.

Otra forma de control sobre la Administración, es por medio del control político, que lo realiza Cámara de Diputados. El artículo 52 N° 1 de la CPR establece que “son atribuciones exclusivas de esa Cámara, Fiscalizar los actos del Gobierno.”, entendiéndose por esta fiscalización, someter a las autoridades de la Administración central a un control de sus actos, ya sea mediante un requerimiento escrito o, que concurran personalmente a dar cuenta de sus actuaciones. Cuando nos referimos a este tipo de control, quedan excluidos también el control demérito o conveniencia de la decisión administrativa.

En lo referido al control que interesa en esta investigación, éste es realizado por un órgano constitucional autónomo de la Administración del Estado, llamado Contraloría General de la República. Por último, son los tribunales de justicia, ya sean ordinarios o el constitucional los que ejercen el control jurisdiccional de la Administración del Estado.

#### **1.6.- Tipos de control.**

Los autores señalan que para controlar a la Administración del Estado existen muchas maneras, la doctrina las ha clasificado de acuerdo a diversos parámetros que buscan ordenar el control de acuerdo a la intensidad de la fiscalización. El paradigma del órgano de control por antonomasia, es la Contraloría General de la República, la que con su jurisprudencia, ha creado las bases del derecho administrativo de nuestro ordenamiento jurídico.

### 1.6.1.-Clasificación.

Por de pronto, hay que distinguir los órganos que lo realizan; el momento que se ejecuta; y el tipo de control que se realiza en el ordenamiento jurídico, etc. Los órganos pueden ser internos o externos a la Administración; la oportunidad puede ser preventiva o posterior a la dictación del acto administrativo, el tipo de control puede ser administrativo, político o judicial. A la Administración, además, mediante Auditorías se le puede controlar su gestión, ya sea administrativa o financiera.

Cordero Vega, clasifica el control de la Administración de acuerdo al objeto, la oportunidad y el órgano que lo realiza, (2007: pp. 30). Silva Bascuñan distingue entre “fuentes” de control, separándolas en intráorganicas, interorgánicas y autónomas y, “formas” u “oportunidad” en que se realiza el control, el que puede ser “antes” del acto (preventivo) o, “posterior” a la realización del acto (represivo). También distingue el “objeto” del control, señalando que tiene por objeto propender a la expedición, eficiencia, juricidad, responsabilidad, etc., del funcionamiento de los distintos órganos, para que no se produzcan bloqueos en la marcha del Estado.” (1984: p.75).

Silva Cimma por su parte, nos expresa que existen distintas formas de control, distinguiendo un control jurídico, opuesto al control contable o financiero; desde el punto de vista de la “oportunidad”, nos dice que es preventivo o posteriori.” (1969: p. 150). Madariaga nos dice que, “el control que se ejerce sobre los actos de la administración admite diversas clasificaciones según el punto de vista desde el cual éstas se formulen”. Continuando su exposición, declara que “según el Órgano que controla, puede distinguirse entre control jurisdiccional, administrativo y político”. (1996, pp. 69-70). Según el momento u oportunidad, el control es previo o posteriori. (1996, p.75).

Finalmente en esta breve síntesis, Cea Egaña señala “la función contralora no esta generalmente radicada en un solo órgano que la sirva con carácter exclusivo y excluyente. En otras palabras, dicha función ésta dispersa o difusa en una pluralidad

de órganos, cada uno de ellos participa en su ejercicio.”(2000: p. 207). La clasificación más importante es respecto del órgano que realiza el ejercicio de controlar a la Administración y, aquí, debemos distinguir que el ente de control puede ser interno o externo.

El ejercicio de controlar internamente a la Administración del Estado se prescribe en el artículo 11° de la LOCBGAE N° 18.575, este es el llamado control jerárquico, que el inciso segundo establece su extensión: “Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”. Autores como Silva Cimma, Cordero Vega, Moraga Klener, Madariaga, Cea, han dicho que internamente se está controlando la de legalidad y mérito de los actos de la Administración.

El alcance del control externo, abarca sólo la legalidad, como demostraremos más adelante, y su ejercicio está entregado a entes ajenos a la Administración. Las normas del control de acuerdo a Cordero Vega en sede interna las encontramos en los artículos 24° CPR, 11° y 12° de la LOCBGAE y en forma externa artículo 52 N° 1, 98° y 99 CPR, 93 N° 4,9,16 CPR(TC), artículos 21° y 38° Inciso segundo CPR y Tribunal de la Contratación Pública., artículo 13° LOCBGAE. (2007: pp.28-29).

### **1.6.2.- Fundamento jurídico del control.**

El fundamento jurídico en que se basa el control que se ejerce a la Administración del Estado se puede obtener de reglas constitucionales y legales. Una de ellas son los principios constitucionales o supra constitucionales, que para el caso, son los que se encuentran en los artículos 6° y 7° de la CPR. En éstos se encuentra el sustrato jurídico que persigue la Constitución y los preceptos dictados conforme a ella respecto a la legalidad o, mejor expresado, la juricidad de la actuación estatal.

El otro fundamento se encuentra el artículo 98° de la CPR, donde se declara que a la Administración se le deberán controlar sus actos, que el control lo efectuará

un órgano autónomo llamado Contraloría General de la República y que será de legalidad, entendida ésta en sentido amplio.

El objeto del control, es saber si las decisiones son legales, es decir, si el órgano que las dictó tiene las competencias, si sus autoridades están legalmente investidas y si el acto cumplió con las formas y solemnidades prescritas por la Constitución y la Ley.

### **1.6.3.- Actos administrativos controlables.**

Respecto de esto, en el artículo 1° de la ley orgánica de la CGR, se prescribe “que deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General”. Importante es señalar que respecto de los Decretos Supremos existe un procedimiento que está vigente desde el año 1927. En el artículo 17° del DFL 7.912 se establece que “El trámite de los decretos supremos será el siguiente, firma del Presidente de la República, cuando corresponda, o, en su caso, sólo del Ministro, numeración y anotación en el Ministerio de origen, examen y anotación en la Contraloría General, y comunicación a la Tesorería General, cuando se trate de compromisos para el Estado”.

Debemos señalar que todos los actos se controlan, la pregunta es ¿todos los decretos y resoluciones que emanen de los órganos administrativos van a toma de razón?. La respuesta es no. Porque es la propia CGR ante tal cúmulo de actos a los cuales se deberá tomar razón, que comienza a través del tiempo a limitar este ejercicio. La última Resolución que dicta es la N° 1600 el año 2008, donde establece que actos administrativos quedaran exentos de toma de razón, prescribiendo que, “deberá siempre enviarse a toma de razón los decretos que sean firmados por el Presidente de la Republica. Cumplirán igual trámite los reglamentos que firmen los Jefes Superiores de Servicio, siempre que se traten de materias sometidas a toma de razón, y las resoluciones que se refiere el artículo 2° , letra i, del Decreto Ley N° 1.028, de 1975, cuando digan relación con decretos afectos”.

### **1.7.- El control de la Contraloría General de la República**

En sus orígenes, los alcances de las fiscalizaciones de este órgano contralor eran limitadísimos, eran de aspecto registral y relacionado con las cuentas públicas. Aldunate, respecto del origen de las funciones de la Contraloría, señala que: “en ese periodo, las nociones de anotación, registro y toma de razón no se encuentran precisamente diferenciadas, usándose de manera indistinta”, (2005, p.21).

Con el tiempo y, luego de importantes reformas a su estatuto jurídico, el espectro se fue ampliando hasta llegar hoy a un amplio catálogo de atribuciones y facultades controladoras, entre ellas, la más importante para la tesis, el control de la legalidad de los actos de la Administración y las Auditorías financieras a los órganos públicos, como se indicará más adelante.

Marienhoff, le da una gran trascendencia a este acto de control, señalando que “constituye un control de legalidad por excelencia y de alto grado. Quizás sea esa, junto con el encuadre constitucional del órgano, la característica más notable y encomiástica del sistema de control de la Administración Pública”. (1977:p.157).

#### **1.7.1. Historia.**

El profesor Cordero Vega, en su texto “El Control de la Administración del Estado” nos entrega una completa síntesis del origen histórico de la CGR y su evolución, fijando su nacimiento en el Tribunal Mayor de Cuentas en el año 1820. Señala que a través de los años, el organismo original fue reemplazado en varias oportunidades, expresándonos que todos ellos tenían por objeto principalmente el control de la Hacienda Pública. Debemos hacer notar que el año 1925 se produce la inflexión que marca la moderna CGR, se contrata a una misión de expertos americanos, denominada “Misión Kemmerer”, dictándose el DFL N° 400 bis, que crea la CGR el 26 de marzo de 1927, estructurándose definitivamente por DFL N° 258 el 26 de junio de 1932 y por decreto orgánico N° 935 el 30 de abril de 1933. (2007: pp.48- 49).

En el mismo sentido del origen, Aldunate nos hace recorrer la historia en la cual se establece organización y atribuciones de la CGR en un completo artículo sobre la “Evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”, señala éste, que se remonta a más tardar a la Ley de 22 de diciembre de 1875, (2005:p.21). La importancia que ha tenido hasta hoy, se refleja en que su jurisprudencia pasa a ser una fuente directa del Derecho Administrativo. Como comenta Pierry Arrau, “A través de los años se transformó en una ~~importante~~ fuente del derecho administrativo, tanto a través de sus dictámenes, obligatorios para toda la administración, que se referían a todas las materias administrativas, organización, funcionamiento, funcionarios, etc.; como también, mediante el procedimiento de toma de razón de los actos administrativos”(2002: p.265).

#### **1.7.2.- Modificaciones a la Ley Orgánica.**

A partir de las normas citadas precedentemente, se va estructurando la competencia del Órgano Contralor para pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos. El artículo 21° de la Constitución de 1925 viene en ser el precursor de cómo el legislador entendía el control de la Administración del Estado, en sus diferentes caracteres, a saber: respecto de las inversión de los fondos del Fisco y de los otros Órganos Públicos; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a cargo bienes de esas entidades; llevar la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley.

En el año 1943, mediante la ley 7.727 se agrega un nuevo inciso al artículo 21° en ese cuerpo legal, el cual tiene dos orientaciones legales. Una, respecto a que el control financiero del Estado sea realizado por un órgano externo llamado Contraloría General de la República y, dos, que este mismo “desempeñara las demás funciones que le encomiende la ley”. Que a mi entender, es el origen del control de la legalidad que conocemos en el ámbito administrativo.

Se señala en el artículo 1° de la ley N° 10.336 del año 1952, que debía pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos. El

inciso primero del artículo 13° de esta misma ley, establecía que “El Contralor tomará razón de los decretos supremos y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer”. Como se podrá observar se distinguía entre Constitución y Ley.

Luego, en el artículo 1° de la ley N° 14.832 del año 1962, se mantiene que el Contralor se pronunciará sobre la constitucionalidad y legalidad, pero, se modifica el inciso anterior como sigue, “Agregase al inciso primero del artículo 13°, después de las palabras "decretos supremos", la siguiente frase: "y de las resoluciones de los Jefes de Servicios que deben tramitarse por la Contraloría". En el año 1964 se refunde el texto por Decreto Supremo 2421, su objeto sigue siendo el mismo, “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios”.

Como se podría observar de lo anterior, el artículo 21° original, con la Constitución de 1980 pasa a ser el artículo 87°, disponiéndose que “un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración”, señalándose además, en el artículo 88°, “en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones”. Hoy, con la reforma del texto constitucional, los anteriores artículos pasaron a ser los artículos 98° y 99°.

### **1.7.3.- Extensión y alcance de sus competencias.**

La pregunta actual, vista de la entrada en vigencia del artículo 21B) de la ley N° 10.336 el año 2002, ¿cual es el alcance o profundidad del examen de legalidad que la Contraloría puede ejercer?. Articulistas han señalado y, también lo ha hecho la jurisprudencia, que el control de la legalidad ordenado ejercitar en el artículo 98° de la CPR, es sólo formal, decimos entonces que no es pleno. Lo que hizo este artículo, es prescribir expresamente en nuestro ordenamiento algo que desde la década del setenta la Contraloría había repetido constantemente en sus Dictámenes, “únicamente pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por la

Administración, y no sobre su conveniencia o la mayor o menor eficacia que pueda lograrse con la adopción de unas u otras. (Millar Silva, 2000: pp. 86-87).

#### 1.7.4.- Jurisprudencia.

La Contraloría por su parte, en más de 100 dictámenes ha dicho que por mandato legal, no puede entrar a evaluar el mérito o la conveniencia de la decisión del órgano emisor. Entonces, sin lugar a dudas, podemos afirmar que el alcance de la revisión de la legalidad, se satisface en la revisión formal del acto. Aunque el enunciado normativo del artículo 21B) de la LOCGR no dice explícitamente que está prohibido evaluar el fondo, la jurisprudencia judicial y la CGR así lo establecen en sus fallos y dictámenes. Dictámenes que serán revisados más adelante en este trabajo.

Al respecto, la jurisprudencia judicial entre otros fallos, ha fijado ciertos criterios respecto del alcance de la fiscalización de la Contraloría General de la República. Un primer criterio es que el control de la legalidad del acto administrativo no tan sólo se ejerce tomando razón de él, sino que otra forma es por medio de Dictámenes vinculantes, como podemos observar en la causa Rol 7576-2006 de la 2ª Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Un segundo criterio, es en cuanto a la profundidad del examen, señalándose que: “el control de legalidad debe ser exclusivamente formal, sin que sea procedente que pueda entrar a hacer un nuevo estudio técnico sobre la materia, decidiendo como resolver un asunto que ya fue sometido a la decisión de los órganos especializados del Estado”, como se puede observar en la causa Rol 8756-2003 de la 1ª Sala de la C.AP(S), se ha declarado.

Coincidente con lo anterior y utilizando el mismo criterio, esta misma Corte de Apelaciones de Santiago ha sentenciado que, “La Contraloría General, 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” y, que su evaluación sólo debe ser formal.” (Rol C. AP. (S) Rol 536-2006.).

Finalmente en esta breve revisión, la Corte Suprema en la vista de la causa Rol C.AP. (V) 4880-2008, fija el criterio de aplicar ~~derechamente~~ la restricción del artículo 21 B) de la ley N° 10.336 al ~~Organo Contralor en el ejercicio del control de~~ legalidad. Lo novedoso, es que pone el acento en que el fundamento jurídico de dicha prohibición, es el artículo 52 de la Ley de ~~Administración~~ Financiera del Estado (DL 1263 de 1975).

## CAPITULO II.- CONTROL DE LEGALIDAD

### 2.- Aspectos Generales.

Como cuestión previa al desarrollo de este capítulo, es preciso mirar algunos conceptos relacionados a la legalidad y que alcance, extensión y finalidad comprende este tipo de control. Como se revisó en el capítulo anterior, existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de sistema de control de la Administración del Estado, que no está regulado así, pero, que se comporta como si lo fuese.

Antes de entrar en conocer la legalidad propiamente tal, debemos establecer como se regulan los diversos órganos públicos de la Administración, para ello, desarrollaremos un apartado que revisará los llamados bloques de juricidad, sean estos, constitucionales, legales o reglamentarios. A partir de éstos, que dan vida al derecho público, daremos una mirada a los Actos Administrativos y su regulación normativa, donde distinguiremos entre los Actos de y del Gobierno, para una vez tomado este conocimiento, entraremos de lleno a revisar el Control de Legalidad y la Toma de Razón, para finalmente establecer una especie de criterios de distinción entre la legalidad, mérito o conveniencia del acto.

Debemos señalar en este preámbulo, que este mandato constitucional del artículo 98º, controla y fiscaliza que los órganos de la Administración activa actúen dentro de la legalidad, es decir, dentro de las reglas de un ordenamiento jurídico que es la base y sustentación de un Estado de Derecho democrático y social. Como señala Silva Bascuñan, si es así, podemos decir entonces que “estamos frente a un Estado de derecho perfecto, porque se ha institucionalizado”. (1984:p.53).

#### 2.1.- Control de legalidad.

Los actos administrativos dictados en ejercicio de las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico a la Administración, deben estar controlados legalmente. Este control, se ejerce por órganos internos o externos a la Administración del Estado con el objeto de fiscalizar si ésta actúa dentro la

juricidad. Caldera nos dice "que no obstante la extraordinaria importancia atribuida al principio de juricidad administrativa, en la doctrina y jurisprudencia francesas se indican casos excluidos del principio de legalidad. Las excepciones serían la potestad discrecional, los actos de gobierno y las medidas dictadas bajo circunstancias excepcionales. (Estados de excepción). (1992: p, 128).

### **2.1.1.- Origen del Control.**

Para analizar directamente en que consiste este control de legalidad, sus elementos y consecuencias, debemos señalar que otrora, el concepto de legalidad no era mirado de la misma forma que lo actual. Su origen para el caso de América, se observa de la organización y gestión administrativa de la Corona española del siglo XV.

La Corona se caracterizaba por tener un férreo sistema de control de los actos de la Administración, tanto en el orden financiero, político o de justicia. Al respecto, Malagón Pinzón, señala qué, con los principios que se introdujeron por efecto de la Revolución Francesa, el anterior paradigma español cambia, criticando al sistema de Administración Francés, "Por eso no podemos compartir la recepción del modelo francés que, entre otras cosas, nos trajo la inmunidad de los actos políticos o de gobierno". (2005:p.144).

### **2.1.2.- Regulación normativa.**

En nuestro ordenamiento jurídico, debemos distinguir la fuente que respalda el ejercicio de control. La fuente es lo preceptuado en la Constitución, en ella están establecidos en el artículo 6° el principio de juricidad y en el artículo 7° el principio de legalidad que fundamentan el control que se realiza a la Administración del Estado.

El Control administrativo externo es llevado a cabo por la CGR, porque la Constitución en el artículo 98° así lo ordena. La actuación o decisiones ilegales de los órganos de la Administración también pueden ser es controlado externamente por los Tribunales de Justicia. La fuente que sustenta esta petición, son la infracciones

cometidas por los órganos públicos a los principios de juricidad y legalidad señalados precedentemente. El derecho a la acción del ciudadano, se encuentra establecida en el numeral tercero del artículo 19º y en el inciso segundo del artículo 38º del texto constitucional.

### **2.1.3.- Finalidad del control.**

Silva Cimma ~~declara~~ que la función de controlar o fiscalizar, es con la finalidad de que la actividad de la Administración debe estar siempre subordinada al Derecho (1994: p.17), o, como dice otro jurista, que el poder este sumido a las normas (Madariaga Gutiérrez, 1996: p, 36). Se expresa además, por Cea Egaña, que el control del Estado viene a ser un sistema de frenos y contrapesos institucionales, para controlar y promover que se respeten y promuevan los derechos de las personas (2002: p.11).

En cuanto a explicitar la finalidad del control, el mismo Silva Cimma, dice que, “el control sobre los actos administrativos, persigue el cumplimiento de las leyes en los actos de la administración, vale decir, el respeto a la juricidad, toda la Administración debe estar sometida al control de sus actos”, (1969: p.150). Pero esta finalidad que se persigue, tiene que tener en vista que se va a evaluar o examinar, saber que alcance o profundidad debe tener, si es un examen pleno o parcializado. Dentro del contenido del examen a la legalidad del acto, es menester distinguir para dilucidar el alcance, si el órgano que lo realiza es interno o externo y, también, que elementos del acto se someterán a evaluación.

### **2.1.4.- Contenido del examen.**

Si hablamos de controlar la legalidad del acto, estamos hablando que el acto este conforme al ordenamiento jurídico como un todo y, en ella, se incluye, revisar además, el motivo o la causa del acto, es decir, si esta fundado en los hechos y el derecho, lo que viene en ser el mérito, conveniencia y oportunidad por el cual éste fue dictado. Anríquez Novoa dice que cuando se habla de la oportunidad, el control se refiere al momento en que éste se dicta. La conveniencia, es el examen si éste

cumple con los requisitos de la función social de la norma o, como se expresa en la doctrina, si el acto se adecua “a la convivencia social” (1994: p.7). En cuanto al mérito, el examen se refiere a los fundamentos de hecho y derecho que se tuvo en vista al dictario, o sea, el motivo.

Silva Cimma respecto del control, nos dice que éste puede ser interno o jerárquico. lo importante que el ejercicio interno o jerárquico es un control pleno, ya que este examen abarca la legalidad, mérito, oportunidad o conveniencia. Hace una distinción muy importante respecto del control externo, señala que es limitado, y que sólo podrá ser de legalidad. (1994: p.165). Reforzando lo anterior, Millar Silva citando el dictamen de la CGR N° 43.315 del año 1991, señala que al Contralor le compete “únicamente pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, y no sobre su conveniencia o la mayor o menor eficacia que pueda lograrse con la adopción de unas u otras”. En otras palabras, a la CGR no le compete la calificación de los hechos (2000: p.87).

Respecto del control mismo, la doctrina ha dicho que el ejercicio de controlar la legalidad del acto administrativo, comprende analizar si el órgano emisor ha tenido un comportamiento fiel con las normas del ordenamiento jurídico, lo que significa, según Cordero Vega, que este examen sea “un juicio de conformidad con ciertas reglas” (2007, p.20). Pero no tan sólo a esas reglas, sino que también a las reglas particulares, que en este caso es el artículo 10° (11°) de la LOCBAE N° 18.575. Lo que confirma el mismo autor, agregando al efecto, el artículo 12° de ese cuerpo legal (2007: p. 28).

Debemos señalar que el profesor Silva Cimma y otros juristas de la época, doctrinalmente hasta ese entonces, separaban el control de legalidad del control de mérito. Pero hoy, se entiende que el control de mérito está subsumido en el de legalidad, es un elemento más en la evaluación de la legalidad del acto.

## **2.2.- Control de legalidad y Toma de Razón.**

La ley ha establecido que el Organismo Contralor realiza el ejercicio de

controlar la legalidad de los actos administrativos establecidos en el artículo 1° de su ley orgánica, es mediante el procedimiento de la Toma de Razón. Pero, como hemos visto precedentemente, la jurisprudencia judicial ha señalado que no es la única forma, ya que la CGR esta habilitada para controlar de otros modos la legalidad de cualquier otro acto que no este contemplado en los anteriores. La toma de razón es un procedimiento especial para los actos señalados en al Ley N° 10.336. Cordero Vega nos dice al respecto que, “El control de legalidad al cual hace mención el artículo 98° de la CPR se realiza según el artículo 99° mediante la toma de razón”.( 2007:p.63).

Como señalé precedentemente, la toma de razón permite controlar la legalidad de los actos administrativos señalados en la ley. Alguno de ellos, quedan exentos por resolución de la Contraloría, pero eso, no significa que sean éstos los únicos medios de control. La misma CGR ha señalado que el control de legalidad también lo puede hacer por medio de Dictámenes, incluso, hasta los actos exentos de toma de razón pueden tener su control de juricidad (Dictamen N° 1.477-2006).

La doctrina también se ha pronunciado respecto de este punto y es así que Rajevic y Garcés señalan que existen otros mecanismos para controlar la legalidad por el Organo Contralor. Señalan que otra forma de control es un registro público con una relación detallada del contenido de los actos administrativos; también mediante Auditorías y la Potestad Dictaminante se puede interpretar jurídicamente la aplicación de las normas en el ámbito público. (2005: pp.628-632).

### **2.2.1.- Toma de Razón.**

La toma de razón es por antonomasia en el derecho administrativo el medio más conocido de controlar la legalidad de los actos administrativos y de los DFL. El mandato está establecido en el artículo 99° de la Constitución y en el artículo 10° de la ley N° 10.336.

La jurisprudencia administrativa que se observa en el Dictamen CGR N° 35.397 del año 2007, define este procedimiento, “La toma de razón es el

procedimiento de control preventivo a través del cual esta Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República. De este modo, la toma de razón constituye un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan, sin que con ocasión del mismo la Contraloría General pueda pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.”

Como se podrá observar, la legalidad que se controla es la que se establece en los principios de los artículos 6° y 7° de la CPR, existiendo una relación directa con lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 10.336 sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones.

#### **2.2.2.- Actos eximidos de Toma de Razón.**

El inciso quinto del artículo 10° de la ley de la CGR, autoriza al Contralor para actuar de oficio respecto a conceder exenciones de toma de razón, estableciéndose que, “No obstante, el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados "por orden del Presidente de la República".

Rajevic y Garcés señalan que 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. (2005:pp.625).

Mencionan también que el control no se agota en sede administrativa, sino que por intermedio del Consejo para la Transparencia y de los Tribunales de Justicia los ciudadanos pueden ejercer sus derechos y es otra forma de control, entre ellos se mencionan a Procedimientos especiales en materias establecidas por leyes específicas, V.gr. recurso de ilegalidad municipal; mediante el Recurso de Protección y de la Acción de Nulidad de Derecho Público. (2005, pp.629-632).

### 2.2.3.- Estadística.

Para comprender la magnitud del trabajo que realiza la CGR en controlar la Administración del Estado, a continuación dos articulistas en diferentes periodos de tiempo nos dan a conocer un estudio estadístico de lo que observaron al respecto.

Soto Kloss a modo de ejemplo, señala que en el año 1969 se examinó la juricidad de 184.608 actos; en el año 1972, fueron 211.622 tomados razón y , además fueron revisadas en su juricidad a posteriori 108.529 exentos; en el año 1975, se tomó razón a 183.100 y revisó 55.761 exentos(, 2009: p. 172).

Rajevic y Garcés en el estudio sobre “Control de legalidad y procedimiento de toma de razón” ya citado precedentemente, revisan detalladamente los actos administrativos tomado razón, exentos, etc. El estudio abarca los periodos 2005 al año 2008 (2005: pp.618 a 621).

AÑO	A/A afectados en materias no personal	TRA/A afectados TR en materia personal	Total A/A afectados TR	A/A exentos en materia	TR 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

Debido a este hecho, no repetiremos alguno de estos datos, pero esto, me ha permitido tener una visión más global del trabajo referido, el que se ha suplementado con la información de las Cuentas Públicas Anuales de la Contraloría

que transcribo. Algunos de estos datos no están claramente disponibles, hecho que no permite tener una percepción global de lo que se quiere mostrar. En el año 2009, la Contraloría recibió 24.337 decretos y resoluciones afecto a la toma de razón; se revisaron 24.104. Sin observación se cursaron 22.247 con y sin alcance y observados, 2.095. En esta revisión jurídica no se incluyo a documentos pertenecientes a personal del Estado; en el año 2010, la Contraloría recibió 21.508 decretos y resoluciones afectos a la toma de razón.

### CAPITULO III.- CONTROL DE MERITO O CONVENIENCIA

#### 3.- Aspectos generales.

En este apartado nos corresponde analizar todo lo relacionado al enunciado normativo del artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336. En él se positivizan conceptos que se relacionan con el mérito o conveniencia de la decisiones que asume la Administración del Estado. Entender estos conceptos, permitirá comprender porque el Congreso Nacional aprobó la modificación de este cuerpo legal.

El sentido semántico que tiene el vocablo mérito, lo entrega entre otros, el Diccionario de la RAE, “es aquello que hace que tengan valor las cosas” o, “digno, merecedor” lo que podemos interpretarlo en el sentido que la decisión de la Administración tiene que tener todos los elementos que le den valor para nacer a la vida jurídica. Este valor, para el caso en análisis, está dado porque contenga todos los elementos que la hagan constitucional y legal.

Como hemos revisado anteriormente, el control de legalidad del acto o decisión de la Administración se realiza en dos estadios, uno interno y otro externo. El primero es pleno, ya que abarca lo reglado y lo discrecional y el segundo solo lo reglado.

En el aspecto reglado el examen se extiende a conocer si la resolución está causada o motivada, o sea, si está acuerdo a los hechos y el derecho establecido en la norma preexistente y si existe motivación o fundamento para dictarla. En otras palabras, este control examina si los motivos y la motivación o fundamentación del acto, están dentro de las atribuciones o facultades de la Administración. En cuanto a lo que se busca con este control, Silva Bascañan indica que este concepto “se relaciona con la apreciación de la conformidad del acto con el fin propuesto, de su adecuación, conveniencia y eficiencia, que es eminentemente político, como es la fiscalización” (1980:p.75).

De modo que el problema a descubrir, no sólo es que el acto sea legal, sino

que, cual es el alcance o profundidad de este examen, Cabe preguntarse entonces, ¿Podrá el Contralor evaluar si los antecedentes jurídicos y materiales acompañados son lo suficientes aptos para motivar o causar su dictación y si hay suficiente motivación?

Que la interpretación del concepto de mérito o conveniencia del acto sean resorte exclusivo y excluyente del órgano emisor, no libera a éste de someterse al control de legalidad establecido en la Constitución y la Ley Orgánica. Dentro del control del mérito, se persigue examinar primero, que el acto este conforme a las reglas del ordenamiento jurídico en sentido amplio; segundo. que el acto este conforme a las reglas y circunstancias de hecho determinadas en la norma que lo prescriba; y tercero, que la discrecionalidad ejercida por la autoridad al analizar el mérito contenido en la decisión no contenga arbitrariedades.

Controlar el mérito o la conveniencia del acto ha dicho la doctrina y la jurisprudencia como se explicará más adelante, es un ejercicio que queda fuera de la esfera de la competencia de los entes externos que ejercen el control de la Administración, a nivel político, administrativo y jurisdiccional. Madariaga Gutiérrez señala que, “el control de mérito mira a la conveniencia u oportunidad de los actos dictados por la Administración activa” (1996: p.77). En otras palabras, que el límite final de la decisión, sea la discreción de la autoridad, pero nunca la arbitrariedad. La arbitrariedad dice Cassagne, corresponde al de “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”. (2008: p.1).

### **3.1.- La positivación del artículo 21B) de la Ley N° 10.336.**

Para comprender la prohibición que recae sobre el Contralor, es menester revisar el origen de la modificación del artículo 21° de la Ley de CGR en el año 2002, mediante la Ley modificatoria N° 19.817. Para ello, previamente hay que precisar algunas cosas.

La Contraloría General de la República nace bajo el alero de la Hacienda Pública y su objeto primario, es el control financiero del Estado y se le agregan

posteriormente otras funciones que le asigna la Constitución y las Leyes. Segundo, la Administración Financiera del Estado es dependiente del Ministerio de Hacienda y tiene regulación propia en el Decreto Ley N° 1.263, modificado por el Decreto Ley N° 2.053 y, Tercero, el inciso segundo del artículo 10° de la LOCGR N° 10.336, reconoce que es la propia Administración del Estado la que debe realizar el control interno o jerárquico de la gestión estatal, “que se extiende a la eficiencia y la eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”(Madariaga Gutiérrez, 1996:p.74), el cual, señalamos, es exclusivo y excluyente y, está, radicado solamente en el Ejecutivo.

### **3.1.2.- Objeto de la modificación del artículo 21°.**

La modificación que pretendía el Gobierno, a sugerencia del Contralor de la época, consistía en solicitar al Congreso Nacional que se le otorguen más atribuciones a este órgano autónomo en relación a auditar la gestión financiera del Estado.

El Mensaje Presidencial ingresado a la Cámara de Diputados (Boletín 2610-07) agrega al artículo 21° de la LOCGR N° 10.336 un nuevo artículo, el 21° bis, " La Contraloría General efectuará Auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público, y la probidad administrativa". El propósito buscado es que, “A través de estas auditorías la Contraloría General evaluará el correcto funcionamiento de los servicios públicos y de sus sistemas de control interno; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos”. En el fondo era controlar la eficiencia y eficacia en el manejo de los fondos públicos.

Anterior a esta modificación, la ley N° 10.336 sobre procedimientos de la Contraloría General de la República es modificada por el Decreto N° 2.421 del año 1964, fijando en su artículo 1° su objeto, que será: 1.- fiscalizar en el aspecto financiero contable, como sigue, “el debido ingreso e inversión de los fondos del

Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes”; “verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondiente”; “llevar la contabilidad general de la Nación” y 2.- fiscalizar la legalidad de los actos de la Administración, para lo cual, deberá “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General.

El objeto de la ley orgánica, como se puede observar, busca controlar la Administración Financiera del Estado y la legalidad de los actos de éste. El estudio de ambos temas, permitirá explicar la modificación del artículo 21° de esta ley, que en un principio, se refería sólo al control financiero del Estado.

### **3.2.- La administración financiera del Estado.**

Para entender la modificación pretendida por la CGR, respecto de controlar la gestión y el resultado del uso de los fondos públicos, debemos indicar que el sistema de Administración financiera del Estado se auto controla, porque en el mismo DL. 1263 del año 1975 del Ministerio de Hacienda que lo regula.

Para analizar el sistema de Administración Financiera del Estado debemos indicar cual es la finalidad de éste, el artículo 1° del D.L. N° 1.263 del año 1975, prescribe, “El sistema de administración financiera del Estado comprende el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado. La administración financiera incluye, fundamentalmente, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos”.

Visto lo anterior, importante es analizar los tipos de control que el D.L. ha prescrito, uno es interno y el otro externo. En cuanto al control interno, este se encuentra establecido en el artículo 51° del mismo D.L. referido, señalándose: “El

sistema de control financiero comprende todas las acciones orientadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos del Estado. Verificará fundamentalmente el cumplimiento de los fines, el acatamiento de las disposiciones legales y reglamentarias y la obtención de las metas programadas por los servicios que integran el Sector Público". Comprendo por el tenor de la norma, que el artículo se refiere a los conceptos de eficiencia, eficacia y probidad en la utilización de los recursos públicos.

En cuanto al control externo, el legislador, el año 1977, modifica el artículo 52° del D.L. en comento, extendiendo estas facultades a la Contraloría, estableciendo ahora que mediante Auditorías externas controle el Sistema Financiero del Estado. Prescribiendo mediante el D.L. 2.053 modificadorio que, "Corresponderá a la Contraloría General de la República ejercer el control financiero del Estado. Dicho control se ejercerá fundamentalmente mediante la auditoría operativa que fiscalizará 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."

En la discusión parlamentaria, visto lo anterior, se entendió que el Contralor ya tenía facultades suficientes en el plano de las Auditorías, es decir, en lo contable. Pero lo pretendido por el Gobierno y la CGR en cuanto a controlar la gestión de los recursos, es decir, la eficacia y eficiencia en su uso, era sólo resorte de la Administración. De ahí que lo concerniente a discrecionalidad de la decisión política o administrativa en cuanto al mérito o conveniencia del acto mismo, no podrá ser evaluado por el Contralor.

El fundamento jurídico de la exclusión que contiene el enunciado normativo del artículo 21B) referido, tiene su origen en lo prescrito en el inciso segundo del artículo 52°, el que establece 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". En otras palabras, el control de la gestión y resultado de la Administración del Estado, solo compete a ésta. Porque se entendió, que si se

aprobaba esta modificación como fue solicitada, el Contralor entraría a cogobernar el Estado, competencias que en la Constitución y las Leyes no estaban contempladas para este Órgano Público.

### **3.3.- Discusión de Ley modificatoria N° 19.817**

Al revisar la historia de la ley 19.817, que agrega finalmente los artículos 21 A) referida a las Auditorias y el 21 B) referido al control de legalidad del acto administrativo, se evidencia que se cambia el sentido primitivo del Mensaje Presidencial. Como se puede observar en la tramitación del Boletín N° 2610-07 en la Cámara de Diputados el artículo 21B) viene a clausurar todo intento del Contralor de evaluar todas las decisiones políticas y administrativas del Poder Ejecutivo, en sus aspectos de mérito o conveniencia.

En forma sucinta, la discusión parlamentaria se traba en sucesivos trámites legislativos en la Cámara de Diputados como en el Senado. Éstos versan sobre dos aspectos del enunciado normativo del artículo 21 Bis del Mensaje: el primero es que significado, extensión y sentido tiene la proposición controlar “el correcto funcionamiento de los servicios públicos y de sus sistemas de control interno”. Los parlamentarios entienden que se está controlando no tan sólo la eficiencia, sino también la probidad de la Administración, hecho que repugna con el inciso segundo del artículo 52°, ya que los controles internos y jerárquicos ya están establecidos en el epígrafe “de la probidad administrativa” de la LOBGAE N° 18.575.

También discrepan con el segundo enunciado, “fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos”. Aquí se estima que se está entrando a fiscalizar la eficacia de la aplicación del presupuesto y también, nuevamente de la probidad de la Administración.

Argumentan, en ese sentido, que esa es una función exclusiva y privativa de la Administración, que está establecida en el inciso segundo del artículo 52° ya comentado, “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”. Entienden los congresistas que si ambos enunciados se aprobaban, significaba que el Contralor fiscalizaría la discrecionalidad de las decisiones que tenían directa relación con la gestión o resultado de la Administración.

Para concluir con la discusión y en vista que existía un rechazo a la propuesta de entregarle mayor competencia en esos tópicos, el mismo Contralor, de acuerdo a lo que se indica en el Boletín N° 2610-07 de la Cámara de Diputados y, con el objeto de aprobar con rapidez el resto de la modificación propuesta, propone que, “se podría más adelante incorporar expresamente, en este mismo artículo que se está proponiendo, la idea de que en ningún caso el organismo contralor realizará control de mérito, oportunidad o conveniencia, porque estos elementos deben ser calificados por la propia Administración y no por la Contraloría”.

### **3.3.1.- El artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336.**

Lo que pretendía en su origen el Gobierno, era dotar con mayores atribuciones al órgano Contralor al momento de realizar las Auditorias a los Servicios Públicos. El sentido original del Mensaje Presidencial sólo buscaba la aplicación plena del inciso primero del artículo 52° del D.L. 2.953, para así mejorar el control financiero de la Administración del Estado.

En el mensaje nunca se habló de controlar el mérito o conveniencia de las decisiones administrativas o políticas de los órganos públicos. Estos conceptos salen a la luz en la discusión parlamentaria entre los representantes del Ministerio de Hacienda, los funcionarios de Gobierno y el Contralor de la época. Finalmente, el rechazo del Congreso obliga al Gobierno a presentar una nueva indicación al artículo 21 Bis propuesto, el que resulta ser finalmente el artículo 21 B), “La Contraloría General, 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”.

El resultado final como se puede observar, va más allá de lo solicitado en el

mensaje presidencial. Termina incorporándose en nuestro ordenamiento jurídico una norma que va más allá del fin buscado originalmente. Con esta norma, la posibilidad de que el Contralor evalúe el mérito o la conveniencia de la decisión de la Administración o del Gobierno queda clausurada.

### **3.4.- Orígenes del mérito.**

Para poder hablar del mérito, es preciso primero hablar de la legalidad o juricidad. En nuestro ordenamiento la legalidad es un principio ordenador de la actuación estatal, ¿pero como principio tiene la misma fuerza que las demás normas?. Al respecto, Pierry Arrau señala que los principios son fuentes de derecho positivo como son la Constitución, la ley formal, el reglamento, etc., incorporando los principios generales de derecho como parte de la legalidad, que por ser elaboración doctrinaria, los ubicó entre aquellos medios de que el juez dispone para controlar la discrecionalidad. (1975: p.33).

Respecto del mérito, Madariaga Gutiérrez señala que “es esta doctrina moderna que enmarca el mérito como elemento integrante de la actuación administrativa, colocándolo como integrante de la juricidad del acto”, deducción jurídica que realiza al revisar a diversos autores como Ranelletti, Cossio, Stammeler, Gasparri (1996: p.46).

Sobre una definición expresa del concepto de mérito, el Dictamen CGR N° 15.460 de mayo de 2007 al resolver una situación de hecho, establece que “Sobre el particular y como cuestión previa, cabe tener en consideración que los términos mérito y conveniencia utilizados por el legislador en el artículo 21B) de la ley N° 10.336 no han sido definidos expresamente por éste, de modo que deben entenderse en su sentido natural y obvio, para lo cual resulta procedente recurrir al Diccionario de la Lengua Española, que define mérito, como “digno, merecedor”, y conveniencia, como “utilidad, provecho”.

En ese contexto, siguiendo el mismo Dictamen, el Contralor señala que este ente lo que no puede hacer, con motivo del control de legalidad o de las auditorias

que realiza, verificar si las decisiones tomadas por la administración activa son meritorias, útiles y/o son las que producen el mayor provecho para el interés general, dentro de las posibilidades que existan”.

### 3.4.1.- Origen en el Derecho comparado.

Un primer acercamiento al origen la entrega Silva Cimma, el cual declara que el concepto del mérito del acto, tiene origen en el derecho administrativo italiano y, que este concepto jurídico, sin decir, como, cuando y donde habría sido incluido en derecho positivo nacional. Señala que la finalidad del control de mérito, no tan sólo apreciar la juricidad del acto, sino que también, su oportunidad y conveniencia (1969:pp.364-365). Como se observa, aparece el concepto de oportunidad dentro del mérito.

Después de un tiempo, el mismo autor al analizar “la irregularidad del acto administrativo en la doctrina italiana”, señala que éstos han señalado que los vicios del acto pueden ser de ilegitimidad, mérito y de voluntad. Al explicar los vicios de mérito, dice que, “ la expresión mérito obedece típicamente a una concepción de la doctrina italiana, que dice relación con la discrecionalidad del acto administrativo” y, lo interesante es que le da un contenido al mérito, esto es, que no puede ser inconveniente, dañino, malicioso o inoportuno.( 2001: p.138).

Para Soto Kloss los conceptos de oportunidad y mérito son sinónimos. Nos dice que el origen de estos conceptos se encuentran en la doctrina francesa e italiana, “Y es que sólo desde algún tiempo ha venido a someterse a control jurídico, en especial jurisdiccional, la llamada oportunidad o mérito (en terminología francesa e italiana, respectivamente)”. (1977: p 181). Fiamma citando a este mismo autor, señala que Soto Kloss reafirma que la oportunidad (o mérito en la terminología italiana) son de origen europeo continental (1977: p.192).

Por su parte, Pierry cuando analiza “el control de la discrecionalidad administrativa”, en el apartado referido a la “apreciación de los hechos”, se expresa sobre el control de la oportunidad, expresando en sus conclusiones que la

oportunidad es de origen francés, como sigue: “los puntos que se han expuesto y que corresponde en gran medida “a la teoría francesa actual”. (1971, pp. 220-221).

Esta distinción del origen de ambos conceptos que hace el derecho comparado, nos permite dar respuesta a la interrogante del porque no aparece el término de oportunidad en el artículo 21 B) de la Ley Nº 10.336. Al no considerarse en el enunciado la oportunidad, queda claro que mérito y oportunidad tienen el mismo significado en la doctrina, no así, la conveniencia del acto.

### **3.4.2.- Origen en el Derecho nacional.**

En cuanto al origen del concepto “mérito” en Chile, o sea, la ponderación discrecional de los hechos y el derecho que contiene la decisión administrativa y política por parte de la Administración del Estado y el Gobierno, se da en el marco de la discusión de la Constitución de 1980 y posteriormente en la reforma de la Ley Nº 10.336 de la Contraloría General de la República por ley 19.817.

Son dos momentos diferentes en el tiempo, pero que se discute sobre el mismo tópico en las instancias parlamentarias. El primer momento se da en la discusión de la Constitución de 1980 sobre la competencia de la Contraloría General de la República en cuanto a evaluar la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos por los órganos estatales que explicaremos más adelante, discusión que sobre los mismos tópicos se realiza en la modificación del artículo 21º de la LOCGR (Boletín Nº 2610-07) de la Cámara de Diputados en el año 2000.

Ambos momentos, están relacionados con la discusión que se produce en el Parlamento respecto de las competencias del Contralor frente a la Administración Financiera del Estado. La cual debemos indicar, se encuentra regulada por el D.L Nº 2.063 de 1975, modificado posteriormente por el D.L .L 1253 del año 1977.

### **3.5.- Criterios de distinción entre legalidad y mérito.**

La legalidad vista en forma extensiva, se entiende como el acatamiento de los Órganos de la Administración del Estado al ordenamiento jurídico. Como se ha

podido observar de lo revisado hasta ahora, el tema de la tesis gira en torno al control de la legalidad de los actos administrativos y la exclusión del Contralor de conocer el mérito o conveniencia de la decisión, en ese ámbito de acción, debemos explicar primero la legalidad.

### 3.5.1.- Principios.

Como punto de partida, a partir de su naturaleza y basado en está, podemos señalar que la legalidad o juricidad en nuestro ordenamiento, es un principio general de derecho. La doctrina ha señalado que “Los principios generales del derecho son aquellos principios tradicionales escritos o no escritos que son de alguna manera inherentes al derecho público y administrativo” (Pierry Arrau, citando a Laferriere, p: 211). En el mismo tema, otro articulista dice que existen principios generales de derecho que tienen rango constitucional (Caldera, 1992: pp. 136-137).

A estos principios debe someterse la actividad de los órganos públicos y, la legalidad, viene en ser el principio rector de la Administración del Estado. En el derecho comparado, se tiene la misma postura y, es así que se expresa que, “El Principio de Legalidad aplicado al Estado, no es más que la conformidad con el Derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del Poder Público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el Derecho de ese Estado. (Brewer-Carias, 1964: p.23).

### 3.5.2.- Criterios.

Entonces, se puede afirmar sin lugar a dudas que el principio de legalidad es el núcleo rector del ordenamiento jurídico mismo, la pregunta que surge es, ¿los conceptos de mérito o la conveniencia en el acto administrativo, qué son?,. Estos conceptos, en la doctrina no son nuevos, más adelante comprobaremos que su origen es en el derecho administrativo italiano, según algunos autores y, otros dicen, que es de origen francés, donde se iguala el mérito a la oportunidad. Lo cierto es, que en nuestro derecho positivo sólo es posible encontrarlo en el enunciado normativo orgánico del artículo 21B) de la ley N° 10.336 a partir del año 2002.

Mirado así, podremos enunciar los siguientes criterios:

1°.- La legalidad es un principio y mérito o conveniencia son conceptos contenidos en una regla o norma orgánica constitucional.

Como expresé, la legalidad es la conformidad del acto a todo el ordenamiento jurídico, es un examen reglado al acto. Dentro de esta legalidad, se revisa además que jurídicamente contenga los elementos de hecho y derecho, es decir, que este motivado legalmente y que su motivación fundamente la decisión.

Mientras que el mérito o conveniencia, se compone de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo permite apreciar y calificar jurídicamente los hechos y que el acto este ajustado a la norma que lo prescribe y, el subjetivo, pasa a ser el juicio de razonabilidad o el componente discrecional de la Autoridad.

2°.- La fuente de origen de cada uno de estos conceptos. La legalidad es un principio consagrado en la Constitución. Caldera dice que el principio nace o se origina en una idea, la cual es un valor que no tiene discusión, (Caldera: p, 133). En cuanto al mérito o la conveniencia, la fuente se ubica en un enunciado normativo orgánico constitucional.

3°.- La función que cumplen en el ordenamiento jurídico. La legalidad tiene como función exigir que todos los Órganos del Estado se sometan a éste, es decir, cumplir con los mandatos constitucionales y legales dictados en los textos normativos. El mérito o la conveniencia tienen como función verificar y examinar internamente que el acto contenga todos los elementos fácticos y jurídicos que le prescribe la norma que lo motivó y que su motivación este fundamentada legalmente.

3°.- Los tipos de control. La legalidad puede ser controlada en forma jurisdiccional y, no jurisdiccional; el mérito o conveniencia sólo en forma previa o jerárquica, o sea, en el ámbito no jurisdiccional.

4°.- De Universalidad. La legalidad recae sobre la universalidad del ordenamiento jurídico; en cambio, el mérito o la conveniencia es especial, sólo tiene aplicación en algunos actos administrativos.

### **3.6.- Potestades administrativas v el mérito de los actos administrativos**

Como se ha señalado ~~precedentemente~~, el artículo 24° de la CPR prescribe que el Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado. Gobierno y Administración están bajo la Potestad del Ejecutivo, en ese orden, éste cuenta con atribuciones especiales señaladas en el artículo 32° de ese mismo cuerpo legal, entre ellas, las del numeral 6°, que lo facultan para dictar normas que no son de dominio legal, es decir, normas reglamentarias o administrativa en sus dos variables, bajo la potestad reglada y discrecional. Estos actos o decisiones, son administrativas o políticas. Pero todo dentro del marco constitucional y legal.

En los siguientes numerales de este mismo artículo, podremos notar lo aseverado respecto a la trascendencia e importancia de esta atribución, en cuanto a la decisión política, como por ejemplo, en el numero 7 se describen algunos tipos de actos políticos, “Nombrar y remover a voluntad los Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Gobernadores”; en el número 15, “Conducir las relaciones políticas con potencias extranjeras y organismos internacionales y llevar a cabo las negociaciones”; en el número 19, “Declarar la Guerra, previa autorización por Ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional”. Existen otros numerales como el 8, 10 que prescriben estas mismas facultades presidenciales.

#### **3.6.1-La potestad discrecional**

Piery Arrau, citando a Bonnard señala que éste declara que: “hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en que momento debe obrar, como debe obrar y que contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional

consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer". (1971: pp.206). Pero se entiende que por muy libre que sea para decidir, la potestad discrecional no puede salirse de los límites que la Constitución y la ley han reglado para el acto. Este es el espacio donde la autoridad puede razonar libremente acerca de la decisión administrativa o política. Por tal razón, ésta debe estar suficientemente motivada, o sea, debe contener todos los antecedentes jurídicos y materiales que fundamentan la decisión. Esta potestad, además de satisfacer lo legal, debe satisfacer el fin propuesto o alcanzable con el acto. En otras palabras, que la decisión tenga en su contenido todas y cada una de las circunstancias de hecho y los fundamentos de derecho que la respalda, en fin, que tenga el mérito suficiente y la conveniencia necesaria para satisfacer el bien común de los gobernados.

### 3.6.2.- La discrecionalidad en la doctrina.

Silva Cimma, dice que éstos son atributos que se otorgan al órgano administrador, los que le confieren la facultad de dictar normas y prescripciones de contenido libre y lato en sentido general, dentro de un margen más o menos amplio, en vista a actuar oportuna o convenientemente, pero dentro del marco legal dado. Continúa señalándonos que comparativamente respecto de la potestad reglamentaria, ésta tiende a ejecutar la Ley. Al contrario, "la potestad discrecional permite, en cambio, resolver, aun al margen de la ley, pero siempre dentro de la esfera de competencia de la respectiva autoridad" (1968: p.35).

En cuanto a las potestades antes mencionadas, Soto Kloss señala que "que la habilitación legal para que un ente administrativo pueda actuar en el derecho puede ser o no determinado en todos los extremos la conducta administrativa a seguir o, dejando algún o algunos elementos de ejercicio de la potestad habilitante a la razonabilidad (apreciación racional) de la propia entidad administrativa. Finalizando con lo siguiente. Ambas potestades son fiscalizables en derecho, sea preventivamente por la CGR, sea represivamente por el Juez". (2009: p.303).

En el derecho argentino, Gordillo, también establece un criterio de distinción y

nos entrega un concepto de ambas potestades: "las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera". (1997: VIII-14).

En este escenario, podemos señalar que el mérito del acto contiene sin dudas un aspecto reglado, pero su hábitat natural es lo discrecional. ¿Cuándo entra en escena?, cuando existe falta de un concepto determinado de los hechos que tipifican la conducta prescrita, aquí entra en juego el aspecto discrecional de la decisión, lo que no repugna con la legalidad. En suma, el mérito es la discrecionalidad misma del acto, porque la decisión tiene que ver con el juicio de razonabilidad del funcionario dentro de sus competencias legales.

Por regla general, el enunciado normativo que prescribe la acción, contiene las normas legales y conceptos determinados que desea conducir. Esta potestad en forma preferente entra en ejercicio cuando el enunciado normativo contiene un concepto indeterminado de los hechos que se deben considerar al momento de la decisión.

### **3.7.- La decisión política y el mérito**

Como hemos expuesto en los capítulos anteriores y lo revisado de los actos de gobierno y del gobierno, éstos vienen en ser, dos entidades diferentes. Los primeros dice la doctrina, son los actos políticos propiamente tal y los segundos, son los actos de la Administración.

La fuente normativa de los segundos la encontramos en el número 1) del artículo 52° de la CPR, estos son los que pueden ser controlados por los entes externos, pero en su juricidad y no en el mérito. Esta diferenciación, permite inferir que las decisiones políticas son los actos de gobierno propiamente tal. Ésta última, es sólo atribución del Gobierno, entendiéndose al Presidente de la República como su

maximo exponente y el cual, tiene la potestad exclusiva en cumplimiento de la Constitución y las leyes, entre otras, el de “declarar la guerra; la concesión de indultos y amnistías; la aprobación y ratificación de tratados internacionales, etc., (Silva Cimma, 1968, p.78).

Se ha hecho patente con lo expresado en este trabajo, que el control interno o jerárquico es un control pleno del acto administrativo, lo que incluye controlar su jurisdicción y el mérito o la conveniencia de la decisión. Aquí, realmente estamos controlando todos los atributos constitucionales, legales y potestativos que lo fundamentan. Entendemos que en ambos casos, se está realizando un juicio de valor interno al razonamiento que se tuvo para ponderar las circunstancias de hecho y las reglas de derecho que los contienen.

### **3.7.1.- La doctrina y la decisión política**

Como se puede observar de los enunciados normativos del texto constitucional, las decisiones políticas enunciadas son claras y precisas, pertenecen y son de exclusivo ejercicio del Ejecutivo, por lo que ningún ente externo tiene espacio para consultar su mérito o, dar paso a otras interpretaciones. El único que puede y debe interpretarlas es el mismo Ejecutivo, más aun cuando éstas tienen estas características.

Bordalí refiriéndose a la limitación que significa este hecho para los tribunales de justicia, respecto a este tema, “que un juez con el poder de controlar los actos del Ejecutivo se convertiría en un poder soberano, incompatible con una idea aséptica del Poder Judicial, invisible y nulo según la concepción de Montesquieu y, además, contrario al principio de separación de poderes”. (2006, p.24).

La Administración y el Gobierno en términos generales, como hemos conocido, no puede ser cuestionada por entes externos, salvo, que el acto conculque derechos fundamentales como libertades públicas, hecho que se prescribe el artículo 45º de la CPR. También que el acto contenga ilegalidad, tal como que “la Autoridad no esta legalmente facultada, o estándolo, excede la ley abiertamente o la interpreta

mal". (Silva Cimma, 1968: p. 328).

### **3.7.2.- El control de la decisión administrativa o política.**

Los entes externos a la Administración, solo pueden realizar un control formal, es decir, que el acto este apegado a la legalidad o como muchos dicen, a la juricidad.

Si controlar el mérito de la decisión administrativa ya es complejo, controlar en la decisión política es más dificultoso aun, ya que, además de la prohibición orgánica expresada en el artículo 21B) ya continuamente referida, tendremos que indicar que estos actos, son de exclusiva atribución del Presidente de la República, mandato que éste recibe del artículo 32° del texto constitucional.

Para reafirmar lo anterior, respecto al ámbito y alcance de las decisiones políticas que hemos comentado, la CGR se ha pronunciado a requerimiento de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, luego de una presentación del Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora CODEFF, V Región, que cuestiona la legalidad de un memorando de acuerdo suscrito el 15 de octubre de 2004 por el Gobierno de Chile; a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, y la Comunidad Agrícola Ganadera Mariana Osorio de Granizo-Olmué. En el Dictamen N° 674 del año 2007 ha dicho, "Después de explicar el contenido del acuerdo, indica que éste es un acto de gobierno, por esencia discrecional, cuyo contenido escapa incluso al control judicial y que respeta las competencias propias de otros organismos públicos, tales como el Ministerio de Bienes Nacionales, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la Corporación Nacional Forestal".

### **3.8.- El contenido de la decisión administrativa o política**

Respecto del contenido jurídico o legal del acto, se ha expuesto claramente en que consiste, pues, es sabido que el acto debe satisfacer todo el ordenamiento jurídico, sin extralimitarse, de lo contrario, el acto es ilegal. En ese contexto, el

mérito o conveniencia de la decisión, debe cumplir con los cánones jurídicos impuestos por la Institucionalidad.

El aspecto legal o reglado del contenido del acto, se encuentra establecido en el artículo 11° de este cuerpo legal, donde se indica que la resolución debe contener “los hechos y fundamentos de derecho” que lo causan o motivan. La fundamentación o motivación del acto está establecida en el artículo 41° de la LBPAE N° 19.880, que prescribe que la resolución que contiene la decisión debe “estar fundada”.

El respaldo material del acto, se encuentra establecido en dos normas: en un caso la encontramos en el artículo 18° de la ley de procedimientos administrativos del Estado, donde se establece que, los antecedentes deben estar físicamente contenidos “en un expediente escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos”.

La otra norma, es el artículo 6° de Resolución N° 1.600 de la CGR del año 2008, que “Fija normas sobre exención del trámite de Toma de Razón”, estableciéndose como requisito de la solicitud que, “los decretos y resoluciones afectos a toma de razón deberán remitirse conjuntamente con los antecedentes que le sirven de fundamento”.

De lo expuesto, se puede inferir que aquí se encuentran los fundamentos de la legalidad o juricidad del acto.

### **3.8.1.- Los hechos y el mérito de los actos administrativos.**

Como hemos expresado, y de acuerdo al artículo 11° de la LBPAE N° 19.880, todo acto debe contener los hechos y los fundamentos de derecho que lo fundamentan. Al respecto de los hechos, Pierry Arrau en el año 1971 declaraba que a los hechos se les puede apreciar y calificar jurídicamente y, que éstos tienen una existencia material (1971: p.218).

La norma que prescribe el acto, determina el objeto de la decisión, los elementos indicados son de carácter objetivo y subjetivo. Lo objetivo o sustantivo son las reglas y lo subjetivo son los fundamentos de hecho o consideraciones fácticas que propician el acto.

Analizado de esta forma el contenido del acto, la razonabilidad de la decisión debe contener una apreciación y calificación jurídica o reglada de los hechos que la contiene, como señala Pierry precedentemente. El problema estriba cuando estos hechos no están determinados en la norma, momento en que entra en escena la discrecionalidad o subjetividad del órgano emisor. En ese instante aparece en todo su esplendor el mérito que tiene el acto, que es una competencia propia de la autoridad y de nadie más. Mérito que no puede nunca sobrepasar los límites de la norma que los declara y, que determina que el acto no contenga visos de arbitrariedad.

En este sentido Cordero Vega señala que el ejercicio del control de legalidad o la acción de tomar razón, “se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta se encuentran debidamente justificadas.” (2007:p.63).

En el derecho comparado Parada señala que “el régimen jurídico de los presupuestos de hecho (motivo legal o causa) supone, según la jurisprudencia francesa, que la Administración tiene la obligación de explicitar ante el juez, cuando el acto es impugnado, los motivos de su decisión, incluso en los casos en que formalmente no existe obligación legal de motivar.” (1997:p.133).

### **3.8.2- Los antecedentes contenidos en la decisión.**

Así como son importantes los hechos y las normas en la decisión, tan importante como aquellos, son los antecedentes que debe contener ésta. Los antecedentes son todos aquellos que son pertinentes y atinentes al caso particular, más, todos aquellos que en el contexto permitan al órgano determinar que están en

conformidad a las reglas y a los hechos que lo motivaron. Es decir, antecedentes materiales y jurídicos.

En cuanto a la materialidad de los antecedentes, existen dos normas legales que lo prescriben, esto es, en el artículo 18° de LBGPAE N° 19.880 y en el artículo 6° de la Resolución N° 1.600 del año 2008. La certeza de la decisión va a depender directamente de éstos.

De lo prescrito en estas resoluciones, se infiere que los antecedentes jurídicos y materiales que sustentan el acto deben ser previamente evaluados en el propio órgano emisor, porque en ellos están los fundamentos directos del acto. En otras palabras, la CGR al tenor de lo prescrito anteriormente, puede revisarlos, porque esto le permite constatar si el acto cumple con la legalidad, V.gr. si la autoridad que dicta el acto, es aquella que dice ser. Incluso, se puede revisar si están conforme a las circunstancias de hecho y derecho que lo fundamentan, pero sólo con el objeto de ser rectificado en cuanto a errores simples o de números, porque el hecho de haber sido o no tomados en cuenta por la autoridad, es parte del mérito de la decisión y, esto, le corresponde sólo a la autoridad emisora.

Para confirmar lo anterior, en el Dictamen CGR N° 32.354 del año 1969, se ha dicho, “corresponde a las Autoridades afectadas ponderar los antecedentes de cada caso particular, debiendo ser y motivados suficientemente fundadas en antecedentes de hecho, las decisiones que se adopten en la materia”.

Todo lo anterior, vienen en confirmar una vez más, que el ejercicio de controlar el mérito de la decisión corresponde sólo al órgano público emisor, porque mirado el control de la legalidad como un todo, tiene por finalidad revisar la juricidad del acto y, en este procedimiento, se contempla la revisión de todos los antecedentes del expediente, para detectar errores, pero no, para evaluar el mérito de la decisión que trae contenida en él.

En resumen, dilucidado el contenido del acto en su aspecto reglado y discrecional, el mérito de éste, tiene que ver con el juicio de valor o de razonabilidad

que realiza la autoridad al momento de tomar la decisión. Este es un juicio subjetivo y exclusivo del funcionario que ejerce sus facultades y atribuciones que le ha otorgado la Constitución, la Ley y el Reglamento.

En este ejercicio, la autoridad deberá analizar si el acto esta conforme a la regla y, si los hechos en que se basa la decisión, tiene un concepto determinado en la regla y, si no lo tuviese, debe cuidar que el acto no desborde los límites de la arbitrariedad.

Entonces, se puede afirmar sin lugar a dudas que el principio de legalidad es el núcleo rector del ordenamiento jurídico mismo, la pregunta que surge, ¿los conceptos de mérito o la conveniencia en el acto administrativo, qué son?., Debemos señalar como cuestión previa, que estos conceptos, en la doctrina, no son nuevos. Más adelante, comprobaremos que algunos autores radican su origen en el derecho administrativo italiano, para otros, su origen es francés. Al respecto, se comprobará más adelante, que mérito y oportunidad son conceptos que tienen la misma finalidad, es decir, son sinónimos. Lo cierto es, que en nuestro derecho positivo sólo es posible encontrarlo en el enunciado normativo orgánico del artículo 21B) de la ley N° 10.336 a partir del año 2002.

### **3.9.- Contenido del examen de mérito.**

El examen de mérito de acuerdo a lo revisado, permite visualizar dos momentos en su control: primero, se evalúa el aspecto reglado, que es igual a decir, si los fundamentos del acto están conforme a las circunstancias de hecho y derecho que contiene la norma que sirve de base para su dictación o, mejor, si está motivado o tiene causa para ser dictado. Dentro de este examen reglado u objetivo, se revisa si los hechos que fundamentan el acto están indicados o preestablecidos en la norma y, si a su vez, están conformes a esa regla. Si se cumple esta premisa, entonces la interpretación o juicio de mérito que hizo la autoridad de ellos, no puede ser contradecida por otro ente externo.

Si los hechos fundantes no están incluidos en la norma, entonces estamos

frente a un concepto del hecho que es indeterminado. La autoridad en este caso, aprecia los hechos mediante las facultades discrecionales que la constitución, la ley y los reglamentos han puestos en sus manos, es decir, los califica jurídicamente; el examen ahora, será totalmente subjetivo, depende sólo de la interpretación de los hechos y la calificación jurídica que de ellos haga el ente emisor. ¿Podrá el agente externo ante ese escenario, evaluar el juicio de mérito que hizo el órgano emisor al acto?

Para contestar la pregunta hay que tomar en cuenta que antes de la vigencia del artículo 21B) ya tan comentado, la doctrina y la jurisprudencia estaban contestes que al Contralor no le correspondía realizar el examen de mérito de la decisión de la Autoridad. Esto pasó a ser una especie de dogma o, un principio general de derecho para nuestro derecho público. Hoy, esa prohibición, se positivizó expresamente con el referido artículo 21 B) de la ley orgánica, lo que impide bajo todo respecto al Contralor evaluar el mérito.

Como he expresado, la ley N° 19.880 establece que todo acto administrativo debe tener un aspecto reglado que lo encontramos en el motivo y motivación de la decisión y, entendemos, que correlativo a esta potestad, también existe un aspecto discrecional, que se hace presente en el juicio de razonabilidad o de mérito o conveniencia de la decisión. Analizaremos a continuación,

### **3.10.- El motivo y motivación en relación al mérito.**

Condición previa a la dictación del acto, es que el órgano que toma la decisión tenga las competencias y facultades que le ha otorgado el ordenamiento jurídico, o sea, que exista una legalidad previa a la causa del acto y, basado en ésta, el acto administrativo tengo un motivo legal y, a su vez, que su motivación este fundamentada, como veremos que lo establece la jurisprudencia administrativa dictada por la CGR.

### **3.10.1.- El motivo en la ley.**

El artículo 11° de la LGBAE N° 19.880, prescribe que: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Relacionado con lo mismo, el artículo 41° de este mismo cuerpo legal, prescribe que las resoluciones administrativas deben estar “fundadas” y el artículo 18°, establece que “todos los antecedentes del caso deben estar contenidos en un expediente físico o virtual”.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que en este artículo 11° se encuentra el motivo o la causa del acto administrativo, como se puede ver en el Dictamen CGR N° 70.395 transcrito más adelante.

### **3.10.2.- El motivo y motivación en la doctrina.**

Los autores que más abajo se citan, nos hacen ver que existe un estrecho vínculo entre lo legal y lo causal. Madariaga Gutiérrez dice que el motivo está relacionado con la causa del acto y, con los límites de la potestad discrecional, como nos hace saber: “El poder discrecional se encuentra limitado por los conceptos de motivo, objeto y fin del acto que ha de emitirse”.

Continúa con el contenido de éste, “en los motivos deben incluirse los hechos, situaciones o actos que preceden y provocan el actuar del órgano encargado de administrar y representan la etapa primaria de formación de la voluntad administrativa”. Para decirnos después que, “la apreciación de los motivos, en los actos discrecionales del Estado, importa un análisis constante del momento y de la oportunidad”. Finalmente, que el motivo es la causa del acto y ésta, es “la valorización del interés público que hace el órgano administrativo”. (1996: p.48).

Prosiguiendo con el aspecto doctrinal de este concepto, Vergara Blanco distingue, entre los motivos y la motivación y, señala que motivo, es sinónimo de causa, la cual es “aquel conjunto de hechos por los cuales se toma la decisión administrativa”, la que no debe ser, nunca, ni ilegal ni arbitraria. Por tanto, para verificar la ilegitimidad de un acto, deberá enjuiciarse su fondo, su causa, su motivo. (2002: p. 348).

Pierry Arrau señala que, “Los motivos son los hechos objetivos, exteriores y anteriores cuya existencia ha impulsado al autor del acto a dictarlo”, prosiguiendo luego, “el motivo pasa a ser un principio general de derecho”, (1975: p.35). El mismo señala que el merito es el limite del control, señalando que, “El control de estos motivos y su extensión puede ser evaluada, pero está no podrá ser total, porque así fuese, el controlador vendría a sustituir al Administrador en su función, lo que no se concibe en nuestro ordenamiento jurídico. (Pierry, 1971: p. 217). Adviértase que, a pesar de todo, “no basta con la existencia de los motivos del acto, sino que éstos sean suficientes”. (Pierry, 1975: p.34).

Por otra parte, Aztorquiza respecto del motivo, señala: “Entendemos por motivo las condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la emisión de un a/a en conformidad con el ordenamiento jurídico, y por motivación, la expresión de los motivos en el a/a mismo o, en otras palabras, la consagración expresa y suficientemente explícita de los motivos en “los vistos” y “considerádos” de la decisión adoptada. (1986: p.500).

### **3.10.3.- El motivo y la motivación en la jurisprudencia administrativa.**

Como se ha expresado, todo acto administrativo debe tener una causa y un objeto. Porque de esa manera el administrado puede tener conocimiento de que se trata la decisión que lo atañe, tanto para el caso que le otorga una prestación o la deniega. Esta obligación para la Administración del Estado está contemplada en la ley. La doctrina lo ha caracterizado como el motivo y la motivación del acto administrativo.

En una breve revisión empírica, lo dicho se puede observar en los dictámenes de la CGR, aquí se explican los conceptos de motivo y motivación. Por ejemplo, el Dictamen N° 70.935 de noviembre del año 2011, señala, “En tal contexto, la mencionada resolución exenta N° 2.133, de 2011, se dictó en contravención a lo dispuesto en los citados artículos 11°, inciso segundo, y 17°, letra f), de la ley N° 19.880, ya que aquel acto administrativo no se encuentra debidamente motivado, vale decir, no expresa las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que sustentan la decisión al no hacerse cargo de las alegaciones efectuadas por el recurrente de marras, como lo exigen los indicados preceptos a fin de precaver posibles arbitrariedades y de permitir que el interesado interponga los recursos legales con conocimiento de las razones que llevaron a la autoridad a adoptar la medida de que se trata”.

Esta misma jurisprudencia administrativa también se ha pronunciado acerca de la motivación o fundamentación racional del acto, revisión que hemos realizado en forma aleatoria, encontrando dos criterios del ente Contralor respecto del principio de la motivación del acto. El primer criterio se refiere a que la motivación del acto debe respetar el principio de juridicidad con sagrado en la Constitución.

Al respecto, el Contralor en forma reiterada en sus dictámenes “ha resuelto que la mencionada obligación obedece al principio de juridicidad que, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos”.

Criterio que podemos observar entre otros, en los Dictámenes N°s 29.415- del año 1992; 11.887- del año 2001; 42.268- del año 2004; 42.268- del año 2004; 37.496- del año 2005; 23114- del año 2007; 4.168- del año 2008; 19.080- del año 2008; 64503- del año 2009; 38.219- del año 2009, 23708- del año 2010.

El segundo criterio que llama la atención de los dictámenes revisados, es que el Contralor ha dicho que no observar el principio de motivación del acto, “no se condice con el principio de motivación de los actos administrativos, conforme al cual

la Administración se encuentra en el deber de fundamentar las decisiones que adopte en el ejercicio de sus potestades, sean estas regladas o discrecionales”. Criterio que repite en los Dictámenes N° 68396 de 2011 y el Dictamen CGR N° 2366 del año 2012.

El motivo o causa de la decisión es lo que prescribe la norma. La motivación es el fundamento racional de la decisión, esta pasa a ser la explicación factica y jurídica de porque se tomó la decisión administrativa. Ambos elementos forman parte cuando es necesario de la potestad reglada y discrecional. El motivo y la motivación son el límite a la arbitrariedad, porque el acto debe tener como fin, proteger siempre en todo momento el interés público.

#### **3.10.4.- La motivación y el mérito de los actos administrativos**

Como expresé anteriormente, todo acto de la Administración tiene una base legal señalada en el artículo 11° del cuerpo legal referido, o sea, debe contener los hechos y fundamentos de derecho. Los hechos, que son la apreciación y calificación jurídica de los antecedentes jurídicos y fácticos que acompañan el acto, deben estar fundamentados como lo establece el artículo 18° de esa misma ley, es decir, la decisión, además del motivo, deben tener una motivación. Así dictado, podemos señalar que estamos frente a un acto reglado y limitado en lo discrecional a lo que se prescribe la ley.

Lo anterior es la regla general, que se quiebra cuando lo discrecional no se establece expresamente en la norma, es decir, su base siempre será legal, pero los hechos que fundamentan la motivación, ahora cae en el campo de la apreciación subjetiva de la Autoridad. Ésta, al examinar los fundamentos del acto, evalúa discrecionalmente el mérito de los antecedentes fácticos al momento de decidir.

Motivación y mérito en estas circunstancias, se relacionan estrechamente. Ambos conceptos pertenecen al aspecto discrecional del acto y surgen cuando el enunciado normativo no prescribe expresamente los hechos de la decisión.

### **3.11.- De las prohibiciones de evaluar el mérito**

De lo investigado, he podido inferir que la Contraloría General de la República siempre ha tenido un alto interés en aumentar y perfeccionar el control sobre los Servicios Públicos y la gestión que realizan, entendiendo esto, principalmente, en controlar externamente la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos financieros del Estado.

Por el contrario, el Ministerio de Hacienda en el tiempo y con fuerza ha defendido la independencia de la gestión de los servicios en el uso de los recursos públicos. De tal manera, que para un mejor control interno o jerárquico se dicta el Decreto Ley de la Administración Financiera del Estado, N° 1.263 de 1975, el que fue modificado por el N° 2.053 el año 1977.

La importancia de este Decreto Ley, es que mandata directamente a este Ministerio y, a ningún otro ente, a controlar la eficacia, eficiencia y probidad en el uso de los recursos que se entregan a la Administración del Estado. Aquí está el fundamento último de la inclusión del Artículo 21B) de LOCCGR N° 10.336 en nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

Para fundamentar esta negativa o prohibición, resulta vital revisar el inciso segundo del artículo 52°, el cual, expresamente radica el control de la gestión de los Servicios Públicos en la misma Administración, prescribiendo, “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”.

Lo anterior, es ratificado en el artículo 53° de LOCBAE N° 18.575, modificado en el año 1999 por la ley 19.653, donde se prescribe que, “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz”.

Estas razones perduraron en el tiempo y, hoy, esa situación tácita cambió, ya

que existe la norma orgánica constitucional comentada precedentemente, la que derechamente excluye o le prohíbe al Contralor de conocer el mérito o conveniencia de la decisión.

### **3.11.1.- La prohibición de controlar el mérito en la doctrina.**

Al buscar respuestas a esta prohibición, no se encuentra en nuestro ordenamiento en forma expresa que exista alguna norma que así lo diga. Lo confirma entre otro Silva Cimma. Éste, sostenía doctrinalmente en la década del sesenta que, “dejarle esta tarea al Contralor, significaría que, en la apreciación de los hechos, éste, podría darle una interpretación arbitraria y contraria a los fines perseguidos por el acto y, eso, es contrario al Ordenamiento Jurídico. (Silva Cimma, 1968: p.363).

Millar Silva por su parte, comentando en su artículo las facultades de la Contraloría General en las décadas pasadas respecto del tema, da cuenta que en el Gobierno de la época, se le negaba al Contralor la facultad de revisar el mérito del acto, porque se sostenía que, “la Contraloría no podía, a pretexto del examen de legalidad, entrar a determinar si concurrían o no los hechos invocados por el Gobierno y que eran el fundamento para adoptar determinadas medidas”.

Expresa el comentarista respecto a las facultades del Gobierno de la época, que éste, podrá o no dictar decretos o resoluciones en la forma que su criterio le aconseje, decidiendo libremente en relación con la conveniencia y mérito de sus actos. Continúa señalando, “Pero la Contraloría no puede, al examinar un acto del Gobierno, entrometerse en su conveniencia u oportunidad, o calificar los hechos en que se funda, ya que ninguna ley la facultaba para ello y además la jurisprudencia anterior de la Contraloría se había pronunciado en tal sentido”. (2000: pp.86-87).

En ese sentido, señala que la misma Contraloría concluyó que a ella le compete, “únicamente pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, y no sobre su conveniencia o la mayor o menor eficacia que pueda lograrse con la adopción de unas u otras. (Millar Silva, 2000: pp.86-87).

Los autores de la actualidad como Cordero Vega, reafirman que el control de mérito o conveniencia debe ser realizado solamente por la Administración. (2007: pp.31-32). En la misma posición está Moraga Klener, que apoya esta tesis señalando que, "En efecto, tanto el mérito como la gestión y el resultado debe ser materia de análisis exclusivo del órgano administrativo que emite un acto administrativo". (2009:p.352). Todo lo anteriormente revisado, viene en ~~reafirma~~ que no existía norma expresa que así lo prohibiese.

### **3.11.2.- La prohibición de controlar el mérito en la CGR.**

A través del tiempo, se ha podido observar que el Contralor ha tenido el mismo criterio anterior, es decir, ya en el año 1988, sin norma expresa que así lo disponga en el Dictamen CGR N° 8270 se declara que, "la Contraloría no se pronuncia respecto de los criterios que, alternativamente, plantea la Municipalidad de Linares para solucionar problemas del personal que trabaja en liceo politécnico de esa ciudad, cuya administración y operación reasume, después de haber sido administrado por una corporación privada, porque ello implica emitir un juicio acerca del mérito o conveniencia de una decisión que corresponde tomar a la autoridad ocurrente en uso de sus facultades discrecionales".

Pero ya entrado en vigencia el artículo que prescribe la exclusión del Contralor de conocer el mérito del acto, éste, frente a un requerimiento de una comisión investigadora de la Cámara de Diputados, respecto de los gastos reservados de la Presidencia mantiene el mismo criterio, o sea, que no puede evaluar el mérito, señalando que, "Las subvenciones presidenciales son de una amplitud tremenda. La Contraloría no tiene mucho espacio para hacer un cuestionamiento de mérito, porque la ley nos dice que podemos auditar todo lo que queramos, pero no podemos entrar al mérito de la oportunidad y la competencia", (Diario el Mercurio: 2010).

Continúa el año pasado manteniendo el criterio en el Dictamen CGR N° 81.786 de diciembre de 2011, donde declara, "En cuanto a los planteamientos del recurrente

respecto de los cambios en los criterios de evaluación, cabe señalar que a este Organismo de Control, con motivo del control de legalidad de los actos de la administración, no le corresponde evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones administrativas, conforme a lo dispuesto sobre el particular en el artículo 21 B) de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de esta Contraloría General.

Criterio que podemos observar a través del tiempo se fue aplicando. Hecho que se puede verificar en más de un centenar de dictámenes, tales como el N° 12.669 de fecha 21 de marzo de 2006 que transcribo en lo pertinente, señalándose al efecto: “cabe señalar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 B de Ley N° 10.336, este Órgano de Control carece de competencia para cuestionar las razones de mérito y oportunidad que la autoridad administrativa ha ponderado para disponer tales medidas, originadas en la realidad epidemiológica de la Región Metropolitana” y, otros, como el dictamen N° 3.431 de fecha 22 de enero de 2007, dictamen N° 12.769 de fecha 24 de marzo de 2008, dictamen N° 9.788 de fecha 26 de febrero de 2009, y dictamen N° 22.967 de fecha 30 de abril de 2010.

### **3.11.3.- La prohibición de controlar el mérito en los tribunales.**

Lo anterior es reforzado en sede de tribunales de justicia, y es así que en la causa Rol 536-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, se declara que, “La Contraloría General, 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 y, que su evaluación, sólo debe ser formal”.

Pero no tan sólo la prohibición de evaluar el mérito alcanza al Contralor, también al Tribunal Constitucional. En la Causa Rol N° 325, del llamado caso “Catalíticos”, según en autos declara en los considerandos 37 ° y 38° del fallo, que, “se aprecia en el fallo que el tribunal rehúsa el análisis del mérito del acto administrativo impugnado, negándose a toda ponderación de conveniencia o raciocinio fatual que lo justifique, por considerar que ello es impropio del control de constitucionalidad” (Fermendois Vohringer, 2001:pp. 313- 314).

Tiempo después, el mismo Tribunal Constitucional ~~confirma~~ esta posición en el considerando décimo tercero de la causa Rol 608-2006, señalando que los órganos jurisdiccionales tienen vedado invadir la competencia de otros Poderes, esto quiere decir, que no pueden entrar a calificar el mérito, oportunidad y conveniencia de la norma impugnada, “debiendo limitar su pronunciamiento a la conformidad o disconformidad del acto cuyo control se trate, con los principios, valores y normas constitucionales”.

De esta manera, como conclusión a estas prohibiciones comentadas, aunque no existía prohibición expresa en el ordenamiento jurídico hasta el año 2002, se entendía por la doctrina y jurisprudencia que existía un límite a la competencia del Contralor frente al control del mérito de los actos administrativos. Hoy, esa prohibición es expresa.

Como se puede apreciar, todos están contestes que es una atribución exclusiva de la Autoridad el interpretar las reglas y las circunstancias de hecho que apoyan la decisión, esto, en buenas cuentas, es un juicio objetivo a los motivos o causa y, a los fundamentos o motivación del acto. La razón entendemos, es que la Administración es la única que puede evaluar la eficiencia de su aparato burocrático y la eficacia en el uso de los recursos puesto a su disposición. En ese momento del análisis interno o jerárquico, se está juzgando el mérito o conveniencia de dictar el acto.

La doctrina a través del tiempo ha dicho que el impedimento de la prohibición es por razones de “Estado”. Estas razones, se explican en que si los entes externos a la Administración discutieran las decisiones, entonces, se estaría cogobernando, lo que en un Estado de Derecho, es inadmisibles, razones que están directamente relacionada con la doctrina de la separación de poderes y con las normas enunciadas precedentemente.

## CONCLUSIONES

Con gran satisfacción he llegado al fin de este recorrido jurídico, el que me ha permitido entender y, así espero de mis lectores, que el acto o la decisión emitida por la Administración del Estado, bajo todo respecto debe ser dictada respetando las directrices del ordenamiento jurídico. El hecho que el acto contenga elementos discrecionales, no significa que este ejercicio lo ~~apare~~ de la legalidad, ya que el apego a ésta, deja afuera todo asomo de arbitrariedad. A continuación, expondré mis conclusiones finales al tema tratado.

1º.- El control de la legalidad establecido por la Constitución en el artículo 98º, en apariencia pareciese que no fuese pleno. Esto no es así, aunque la doctrina y jurisprudencia señalen que los agentes externos a la Administración sólo pueden revisar la decisión en el aspecto formal. Lo formal se refiere a que el acto está conforme a las reglas del ordenamiento jurídico en sentido amplio. Examen que incluye de todos modos, al mérito o la conveniencia del acto, evitando así, que lo discrecional se convierta en arbitrariedad.

2º.- Legalidad y mérito son dos elementos que están contenidos en el acto. La decisión de la Autoridad contiene una parte objetiva y otra subjetiva. La primera es reglada, y contiene los elementos de hecho y derecho prescritos en la norma que determina el acto, o sea, son el motivo y la motivación de éste. Lo subjetivo, viene en ser lo discrecional, ante la indeterminación de las circunstancias de hecho en la norma. Este es el llamado juicio de razonabilidad de la Autoridad, la cual pondera el mérito o conveniencia de la decisión.

3º.- Debo señalar, complementando lo anterior, que las facultades o atribuciones discrecionales de la Administración, le permiten en casos especiales, que ésta interprete en forma privativa los hechos establecidos en una norma determinada. Facultad que le da margen suficiente dentro de la discrecionalidad y sin cometer infracción de ley, buscar dentro de una o más posibilidades, la mejor opción que satisfaga el interés general o el bien común, de ahí que sólo ella, puede evaluar el mérito o conveniencia de la decisión y no el órgano Contralor.

4°.- La evaluación externa de las decisiones administrativas y políticas está excluida de los entes externos a la Administración del Estado. Desde tiempos pretéritos se ha dicho que es por aplicación tácita de Razones de Estado, fundamentándose esto, en la Teoría de la Separación de Poderes del Estado de Locke y Montesquieu. Hoy, además de esta razón primaria, es por la positivación del artículo 21B) de la LOCGR N° 10.336 en nuestro ordenamiento jurídico de derecho público. Norma que cierra toda posibilidad de ponderación o evaluación de la decisión al Contralor.

5°.- Finalmente, debo señalar como conclusión final, que me parece que la prohibición absoluta de evaluación contenida en la norma, está bien para la decisión política, porque ésta es atribución exclusiva y excluyente del Presidente de la República, la que tiene su fundamento en el sentido y trascendencia que tienen las materias en que recaen, pero, la prohibición no debe ser para la decisión administrativa, porque ésta, es el reflejo de la aplicación del mandato legislativo. Creo firmemente que la decisión administrativa, en algunos casos, podría ser revisada, dependiendo de la materia y los recursos fiscales que estén en juego, esto es, cuando el quantum de la decisión sobrepase ciertas cantidades de dinero que pongan en peligro el erario nacional.

**BIBLIOGRAFIA**

- 1.- Aldunate Lizana, Eduardo (2005): "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 (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II, pp. 19 – 30.
- 2.- Anriquez Novoa, Gastón y Álvaro, (1994): La Legitimidad del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
- 3.- Aróstica Maldonado, Iván (1986): "La Motivación de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 10. pp. 499-520.
- 4.- Brewer-Carias, Allan R (2006): Derecho Administrativo, Tomo II, 1ª ed, Universidad Central de Venezuela, Editado por Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Impreso en Argentina.
- 5.- Caldera Delgado, Hugo (1992): "Juricidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho", en Revista de Derecho Público, Nº 51/52, Universidad de Chile, Santiago, pp.127-144
- 6.- Cassagne, Juan Carlos (2008): La Prohibición de Arbitrariedad y el Control de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial, Tomo La Ley 2008-E, año LXXII Nº 187, Buenos Aires, Argentina.
- 7.- Cea Egaña, José Luis (2000): Teoría del Gobierno, Derecho Chileno y Comparado, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1ª ed., Santiago.
- 8.- Cea Egaña, José Luis (2002): "Una visión de la Contraloría General de la República", La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho conmemoración por su 75 aniversario de su vida institucional, septiembre de 2002, pp.11-19.
- 9.- Cordero Vega, Luis (2007): "La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias", en Revista de derecho público, vol.69, Universidad de Chile, pp.153-166.
- 10.- Cordero Vega, Luis (2007): El Control de la Administración del Estado, Editorial Lexis Nexis, Santiago.
- 11.- Ducci Claro, Carlos (1988): Derecho Civil, Parte General, 3ª ed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 12.- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2007): "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Vol. XX Nº 2, pp.69-94.

- 13.- Fernandois Vohringer, Arturo (2001): "La Ausencia de Análisis del Mérito en la jurisdicción constitucional: un objetable legado del caso "catalítico", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXII, pp.313-319.
- 14.- Fiamma Olivares, Gustavo (1977): "¿Apreciación de los Hechos o Interpretación del Derecho?", 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.191-202.
- 15.- Gordillo, Agustín A. (1975): Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Ediciones Macchi -López, Buenos Aires.
- 16.- Madariaga Gutiérrez, Mónica (1993): Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI, Editorial Jurídica, 2ª ed, Santiago.
- 17.- Malagón Pinzón, Miguel (2005): "Los Actos de Gobierno y su Control en la Administración Colonial", en Revista Universitas, número 109, Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, Colombia, pp. 129-144.
- 18.- Malagón Pinzón, Miguel (2006): "La Ciencia de la Policía, una introducción histórica al derecho administrativo colombiano", Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense, Madrid
- 19.- Marienhoff, S, Miguel. (1977): "El Control Administrativo de Legitimidad en Chile", 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.115-157.
- 20.- Millar Silva, Javier Eduardo (2000): "Alcance del Control de Legalidad, su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973", en Revista de Derecho, vol.11, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Valdivia. pp. 83-94.
- 21.- Moraga Klener, Claudio (2008): "Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juricidad", Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra (Coord. Rolando Pantoja Bauza), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.277-323.
- 22.- Moraga Klener, Claudio (2009): "Notas al Procedimiento Administrativo y la Doctrina Chilena", Derecho Administrativo, 150 años de Cátedra (Coord. Rolando Pantoja Bauza), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.327-378.
- 23.- Pantoja Bauza, Rolando (1977): "La responsabilidad en la administración del Estado ante la Jurisprudencia administrativa", La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional, 1927-1977, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 203-231.
- 24.- Pantoja Bauza, Rolando (2005): "El Control de la Administración Pública en

Chile. Desde un Control Causal de Objeto Formalizado a un Control Plural de Objeto Sustantivo” en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, Tomo I Derecho administrativo. 1ª ed, Instituto de Estudios Jurídicos, UNAM, México, pp 199-241.

25.- Parada Ramón (1997): Derecho Administrativo I, Parte General, 9ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España.

26.- Pierre Arrau, Pedro (2005): “Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 13, pp.71-82.

27.- Pierry Arrau, Pedro (1971): “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”, en Revista de Ciencias Jurídicas, Editorial Jurídica, Valparaíso, Chile, pp.205-221

28.- Pierry Arrau, Pedro (1975): “Lo Contencioso Administrativo”, El Recurso de Nulidad”, en Revista de Derecho Ed. Universitarias de Valparaíso, Chile, pp. 27-36

29.- Rajevic M, Enrique, Garcés, María Fernanda (2005): “Control de Legalidad y Procedimiento de Toma de Razón, en Informe un mejor Estado para Chile”, pp 613- 646.

30.- Ruiz Rosas, Andrea Paola (2008): “Los 120 años de Cátedra de Derecho Administrativo y la huella imborrable de don Valentín Leterier”, Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra (Coord. Rolando Pantoja Bauza), Editorial Jurídica, Santiago, pp.13-56.

31.- Sánchez Torres, Carlos Ariel (2004): Acto Administrativo, Teoría General, 3ª ed., Legis Editores S.A., Colombia.

32.- Silva Cimma, Enrique, (1968): Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes, 3ª ed, t.1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

33.- Silva Cimma, Enrique (1969): Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Teoría General de los Servicios Públicos”, 2ª ed, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

34.- Silva Cimma, Enrique (1994): Derecho Administrativo Chileno y Comparado; El Control Publico, Editorial Jurídica, Santiago.

35.- Silva Cimma, Enrique (2001): Derecho Administrativo Chileno y Comparado; Actos, Contratos y Bienes, 1ª ed., Editorial Jurídica, Santiago.

36.- Silva Bascuñan, Alejandro (1984): Derecho Político, Ensayo de una Síntesis, 2ª ed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

37.- Soto Klos, Eduardo (2009): Derecho Administrativo, Ed. Lexis Nexis, Santiago.

- 38.- Soto Klos, Eduardo (1977): "La Toma de Razón y el poder normativo de la Contraloría general de la República", 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.
- 39.- Varas C, Guillermo (1948): Derecho Administrativo, 2ª ed. puesta al día, Editorial Nacimiento, Santiago.
- 40.- Velasco Leterier, Eugenio (1986): Exilio, 1ª ed, Editora Copygraf Ltda., Santiago.
- 41.- Verdugo Marinkovic, Mario, García Barcelatto Ana Maria. (1988): Manual de Derecho Político, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1988.
- 42.- Vergara Blanco, Alejandro (2002): "La Motivación de los Actos Administrativos". La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho conmemoración por su 75 aniversario de su vida institucional, septiembre, 2002, pp.343-351.
- 43.- Zúñiga Urbina, Francisco (2008): "Control Judicial de los Actos Políticos, Recurso de Protección ante las Cuestiones Políticas", en Revista *Ius Et Praxis* – Año 14- Nº 2, pp.271-307.

F369e  
2011

R - 13271

AUTOR Ferrada Valenzuela, Alfredo A.

TÍTULO "La exclusión del control de  
mérito del poder de control de la .

Universidad de Valparaíso  
Chile



00171529

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

Reg. 13271

Ferrada Valenzuela, Alfredo A.  
"La exclusión del control de mérito del  
poder de control de la Contraloría  
General de la República".

CB 00171529