

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



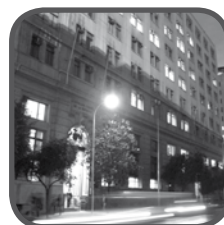
85 años de vida institucional
(1927 - 2012)



85 años
1927 - 2012

Conmemoración por su 85° Aniversario de vida institucional

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



85 años de vida institucional
(1927 - 2012)

85 años



85 años
1927 - 2012

EL ROL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: DESDE EL CONTROL DE LEGALIDAD A LOS NUEVOS ESTÁNDARES DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Alejandro Vergara Blanco

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad de Chile.

INTRODUCCIÓN

Observar la historia de la Contraloría General de la República (en adelante CGR), a efectos jurídicos, es útil en la medida que se desee hacer un balance del órgano contralor (como ocurre ahora, en 2012, por ejemplo, que cumple 85 años) o una prospectiva: *quo vadis* CGR!

La CGR es el fruto de una larga evolución que se inicia en el año 1541, con el primer cabildo de la ciudad de Santiago, con cuatro oficiales encargados de velar por el correcto uso de las Cajas Reales. En 1567, esta función y otras se radican en la Real Audiencia, que ejercía la administración financiera de la Capitanía General, velaba por el comportamiento de los agentes reales y garantizaba el ejercicio regular de sus atribuciones públicas. Con la Independencia, las funciones contables, fiscalizadoras, consultivas y normativas se radican en la llamada Contaduría Mayor y el Tribunal de Cuentas. En 1839, este último concentraría todas las funciones concernientes a la fiscalización de los actos de la Administración del Estado que comprometen la Hacienda Pública, además de representar al Presidente de la República la inconstitucionalidad o ilegalidad de determinadas medidas, a través del trámite de toma de razón.

En 1925, la llamada "Misión Kemmerer", contratada por el Gobierno de Chile, propone la creación de la CGR. La propuesta fue sometida a una Comisión Revisora, entonces presidida por el Superintendente de Bancos. Luego de algunas indicaciones, nace finalmente la CGR, por el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis de fecha 26 de marzo de 1927. En 1943 se otorga rango constitucional a este órgano contralor y en 1953 se dicta su ley orgánica¹, que en 1964 se sistematiza en un texto refundido y coordinado².

La CGR, entonces, más que nada, es el fruto de su época, y su futuro como órgano de control dependerá de su adecuación a las nuevas necesidades de la Administración a la que controlándola, paradójicamente, sirve. Ofrecemos una sencilla revisión de las funciones típicas de la CGR y la enunciación de una prospectiva: la esperanza de que la CGR, yendo más allá del rol de la simple legalidad formal, avance a paso seguro a la búsqueda de nuevos estándares de buena Administración; *más allá de la simple legalidad: hacia la juridicidad más densa y completa de los estándares jurídicos.*

¹ Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

² Decreto N° 2.421, que fija el texto "coordinado, sistematizado y refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República", 1964.

I. DESDE LAS FUNCIONES TRADICIONALES DE LA CONTRALORÍA...

1. Control jurídico de los actos de la Administración

La Ley N° 10.336, de 1964 (LOCGR), establece en el art. 1°: *“La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar 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 de la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los jefes de servicio, que deban tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro”*.

En virtud de esta norma, en la documentación oficial de este organismo se señala que *“La Contraloría General de la República es un organismo superior de control de la Administración y que, sobre la base del principio de juridicidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y fidelidad y transparencia de la información financiera”*.³

El control es la función y razón de ser de la CGR, la cual, si bien no es el único órgano administrativo encargado de ejercer esta función, sí es el más preponderante, con la característica de estar acotada a la Administración Pública. Dado el crecimiento en las potestades de ésta, día a día se impone a este órgano contralor el desafío de ejercer un control efectivo y no meramente nominal, es decir, un control que incluya tanto los aspectos formales como materiales del acto administrativo, que excluyen –según señala el art. 21b LOCGR– los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones administrativas.

Junto con esta valiosa función, también encontramos otras funciones de control. Es así como le compete resguardar la probidad, la corrección y moralidad que los servicios y funcionarios públicos deben emplear normalmente en el desempeño de sus funciones, objetivo para el cual prima como criterio rector dar primacía al interés público por sobre el interés privado.

Esencial resulta destacar que la Contraloría General de la República es el único organismo del Estado-Administración que puede interpretar las disposiciones de Derecho público que rigen la conducta de los agentes de gobierno y afectan a los particulares, así como también el único que puede fiscalizar su cumplimiento con fuerza obligatoria. En la práctica, este monopolio contralor para interpretar disposiciones de esta naturaleza ha sido impuesto y ratificado a lo largo del tiempo por la actuación de la Contraloría frente a los servicios públicos, a través de

³ Contraloría General de la República, Doctrina Institucional (documento aprobado por Resolución Exenta N° 1.556, de 25 de octubre de 2000).

la llamada “jurisprudencia administrativa”, caracterizada precisamente por ser vinculante y obligatoria para estos servicios.

Para todo lo anterior, el respectivo órgano cuenta con funciones específicas y determinadas, como son la toma de razón, la emisión de dictámenes y la ejecución de auditorías.

2. Toma de razón. El control previo de legalidad de los actos de la Administración

La toma de razón es uno de los actos que realiza la CGR dentro de la potestad de controlador de la legalidad que le reconoce la LOCGR. Este trámite consiste en contrastar o realizar un examen de legalidad del acto administrativo verificando que esté acorde al ordenamiento jurídico. Es la toma de razón, como ha señalado Eduardo Soto Kloss (1977), *“un trámite de control de la juridicidad de la declaración orgánica unilateral de un ente dotado de potestades administrativas, declaración que formalizada en decretos o resoluciones según disponga la ley, no es sino un proyecto de acto administrativo”*.

El trámite consiste en darle curso al acto administrativo una vez que se ha verificado que el mismo está acorde con el ordenamiento jurídico, sin que la CGR esté obligada a exponer las razones por las que considera que tal acto está conforme al ordenamiento jurídico. En el caso de que se aprecien vicios en el acto administrativo, se procede a devolver el decreto o resolución a través de un dictamen que señala las causas que motivan la interrupción del procedimiento administrativo y, por tanto, la suspensión de la tramitación final del acto.

Se dice, por alguna jurisprudencia, que la toma de razón es un requisito esencial del acto administrativo para el cual se exige, de modo que el acto que no lo cumple carece de eficacia jurídica. Dicho acto no produciría efectos en la vida jurídica, aun cuando se haya notificado o publicado, requisitos que establece la LBPA para tales efectos.

Es un trámite que, a nuestro juicio, no forma parte o no contribuye –por lo menos directamente– en la formación de la voluntad de la Administración contenida en el acto administrativo. Aún así, es considerado un requisito esencial de este último, y no como lo que realmente es: un requisito de legalidad del acto administrativo, que no puede provocar por sí mismo la falta de validez y eficacia del acto, pues su falta o ausencia en la tramitación de un acto que lo requiera sólo produce un vicio de ilegalidad del acto, lo que no genera directamente la falta de eficacia o validez del acto jurídico.

a) Desafíos y logros en materia de toma de razón

A pesar de ser la toma de razón la regla general, según se desprende del art. 98 de la Constitución Política de la República de Chile, están exentos de este trámite los actos administrativos que se señalan en la vigente Resolución N° 1.600, de 2008, del organismo contralor. La justificación de que ciertos actos estén exentos de la toma de razón tiene que ver con la necesidad de agilizar la función administrativa y que sólo estén sometidos a este trámite los actos de relevada importancia y que comprometan considerablemente los recursos públicos, todo ello con el propósito de favorecer la oportunidad y eficacia de los actos de la Administración.

El trámite de toma de razón no puede convertirse en un mero examen de legalidad orgánica o formal, sino en un examen de juridicidad más completo, que implique el examen del objeto, el fin, motivo y toda esa materialidad que cubre el fenómeno de la buena Administración, entendiendo que ese control no puede abarcar el mérito u oportunidad de la decisión.

Como proposición, se sugiere revisar un uso o costumbre del órgano contralor, de tal manera que el mismo cumpla con el principio y regla de la motivación. En este sentido, es adecuado que no sólo sea motivado su acto de rechazo de la toma de razón, sino que en aquellos casos en que efectivamente se toma razón, aunque sea brevemente, y con fórmulas que se repitan, pero que sean materialmente coherentes con su decisión, se indiquen los motivos por los cuales el Contralor ha tomado razón. Si la motivación es un principio general que hoy día se ha transformado en un estándar para el ciudadano, la CGR debiese ser la primera en dar un paso adelante en esta línea.

El trámite de toma de razón es un control por esencia a priori, que paraliza momentáneamente la acción administrativa, la aplaza. Dado el volumen de la actividad administrativa, los actos afectos a toma de razón deben ser acotados a las materias fundamentales. Y las demás materias deben ser controladas *ex post*, pero de manera efectiva y selectiva. Es importante, entonces, la actual decisión de modificar la resolución de la CGR que regula las materias exentas del trámite de toma de razón. Ojalá se incorporen a esa nueva resolución no sólo una taxativa y fría enumeración, sino algunas reglas generales que sirvan para su interpretación.

b) Presentaciones de terceros e interesados en medio del trámite de toma de razón

Hay que mencionar que existe una distorsión que se ha producido en el último tiempo en medio del trámite de toma de razón en sede contralora, a raíz de las presentaciones de terceros e interesados. Si bien por transparencia debe darse a conocer a todo interesado el texto completo de las presentaciones (y no aducir la necesidad de terminar el proceso de toma de razón para liberar la opacidad), y como, por lo demás, no puede impedirse que tales interesados realicen presentaciones, acaso es conveniente tener presente las siguientes consideraciones:

- i) El antiguo uso o costumbre del órgano contralor de pedir informe al servicio respectivo (una especie de "traslado", en términos procesales) incorpora demoras innecesarias en el proceso. En medio del trámite de toma de razón, toda presentación de tercero, si bien debe tenerse presente para la resolución final del órgano contralor, no debiese ser objeto de solicitud de informe. Por cierto, tales presentaciones deben ser conocidas por el órgano administrativo que requirió la toma de razón, y cabe una espera prudente antes de resolver, en caso de que tal órgano estime necesario hacer alguna presentación.

Dada la transparencia que debe presidir el accionar del órgano contralor, éste debiera dar a conocer on line tal presentación (y el órgano administrativo diligente debiese estar pendiente de posibles presentaciones de terceros, día a día) o enviarla al órgano administrativo que ha remitido su proyecto de acto administrativo a trámite de toma de razón. Lo anterior, en defensa de las reglas y principios de eficiencia y celeridad administrativa.

- ii) En algunas ocasiones las presentaciones de terceros, en medio del trámite de toma de razón, lo han convertido, formalmente, en una sede de decisión contencioso administrativa. No obstante ello, el órgano contralor carece de competencia jurisdiccional.

La sensación que debe dar el accionar de la Contraloría es de la autonomía más amplia posible, y no sólo respecto de los órganos administrativos, sino también respecto de las intervenciones de interesados, que si bien deben ser oídas, no pueden transformarse en un elemento dilatorio de la acción administrativa, mediante el subterfugio de originar procedimientos similares a los "incidentes de previo y especial pronunciamiento" de los procesos judiciales.

En resumen, la Contraloría General de la República, con la más amplia participación de la comunidad interesada y especializada, podría revisar el trámite de toma de razón. Siempre es saludable revisar los procesos vigentes, y si lo que se desea es potenciar la eficacia de su procedimiento y que sea un control de juridicidad verdaderamente acotado, ello es adecuado.

3. Emisión de dictámenes: conociendo y uniformando el lenguaje del Derecho Administrativo

A través de los dictámenes que emite la CGR se ha logrado no sólo conocer el lenguaje del Derecho Administrativo (esto, por sí mismo, es un importante aporte a la cultura jurídica de un país), sino uniformar la interpretación y aplicación de las normas de índole administrativa, de donde emana un notable aporte de este organismo a la cultura jurídico-administrativa.

La Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, en su artículo 6°, párrafo 3°, excluye la posibilidad de que este órgano intervenga emitiendo un pronunciamiento en caso que el objeto de lo pedido sea una cuestión litigiosa, pues es competencia de la jurisdicción declarar la certeza del derecho, o el derecho mismo. Igualmente, no cabe un pronunciamiento de la CGR en el caso que penda un contencioso o recurso específico para el reclamo.

Además, por medio de la Circular N° 24.841, de fecha 10 de abril de 1974, se fijaron los criterios para la admisión de los asuntos sometidos a revisión por la CGR. Señala aquélla: *"La Contraloría sólo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieren a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado"*.

4. Auditorías: revisando la actuación de la Administración

Este órgano realiza habitualmente auditorías a los órganos que fiscaliza, esto es, revisiones completas de toda su actuación. Si bien la ley no lo dice expresamente ni usa esta expresión, ello se justifica por la vía de la interpretación de la expresión "examen de cuentas", empleado por la CPR y la ley, y también por la vía interpretativa, principalmente de expresiones usadas en la LOCBGAE (Ley Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado).

Es, sin duda, un logro en la materia: el control que, por medio de esta función, se hace de la inversión fiscal, tema muy sensible para la sociedad. Además, es un tema relevante en la imagen social que se tiene de la Administración.

Desde la perspectiva del Derecho, es posible decir que la sensación de fiscalización pudiera tener efectos en el ámbito del reconocimiento y fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos de frente a la gestión pública, que se traduzca en una nueva mirada del rol de las Administraciones Públicas a las que se les podrá exigir como derechos un actuar más transparente, probo, eficiente y oportuno. También, la fiscalización produce un efecto disuasivo innegable en los burócratas amigos del desorden y de las faltas de probidad.

III. UN ÓRGANO AUTÓNOMO (FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN), PERO SUJETO AL CONTROL JURISDICCIONAL

Al respecto, cabe precisar que la CGR es, en esencia, competente para la fiscalización del debido ingreso e inversión de los fondos públicos y para realizar el control preventivo de juridicidad de los decretos supremos, resoluciones y otros actos y, *a posteriori*, de la actuación de la Administración, mediante fiscalizaciones de sus procedimientos. Asimismo, debe vigilar el cumplimiento del Estatuto Administrativo. Para todo ello, la CGR está dotada de una prestancia institucional necesaria: su autonomía. Sin ella, se impediría su principal función y razón de ser y sería un dependiente del Presidente de la República, cuyo no es el caso.

Es esta autonomía la que ha cumplido un rol esencial en el accionar de la Contraloría. Si ella no existiese, ninguno de los logros actuales del órgano serían posibles.

La relación profunda que se da entre las reglas y principios de probidad y transparencia, que informan la actividad administrativa, y el rol llevado a cabo por el órgano contralor, es que tales reglas y principios están reconocidos constitucional y legalmente y, en esa medida, deben informar toda la actividad administrativa, en especial las actividades que por ley le compete fiscalizar a la CGR.

En fin, probidad y transparencia forman también parte del núcleo o esencia de la juridicidad de la actividad administrativa de la propia CGR. El mismo órgano contralor debe ser el primero en mostrar y demostrar de una manera proba, abierta y transparente su actuación.

En el mismo sentido, no puede el órgano contralor, a su vez, quedar sin control jurídico.

Hay una regla y principio fundamental que cabe agregar: los tribunales ejercen, de manera irrenunciable, el control de toda la actuación administrativa y, dentro de ésta, la de la actividad administrativa autónoma, como es la de la CGR. Los actos de la CGR no escapan a la regla general y están, por lo tanto, sujetos al control ejercido por los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, los tribunales de justicia no pueden excusarse de revisar o controlar los actos administrativos de los que haya tomado razón la CGR. Ello, pues, porque la CGR es un órgano, si bien autónomo del resto de la Administración del Estado, que está sujeto al principio de control

judicial. Por lo demás, en este principio se sustenta y se apoya la seguridad jurídica y protección de los particulares de frente a todas las actuaciones administrativas, en sentido amplio.

La toma de razón le imprime al acto administrativo una presunción de legalidad, en cuanto a su ejecutoriedad, pero no implica inmunidad jurisdiccional o que el acto o dictamen asociado esté exento de interpretaciones discutibles de la legalidad. Como estas decisiones pueden incidir en los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos, siempre pueden ser recurridos por el destinatario del acto ante los tribunales.

Todo lo anterior implica que si los tribunales de justicia conocen de la legalidad o juridicidad de los dictámenes que emita la CGR, está cumpliéndose el principio de sujeción de todos los actos de los órganos de la Administración al control judicial.

IV. LA CONTRALORÍA EN LA BÚSQUEDA Y CONCRECIÓN DE NUEVOS ESTÁNDARES JURÍDICOS

¿Es la CGR un órgano que sólo revisa la llamada juridicidad formal, de las reglas, o su actuación mira más allá, en la búsqueda del cumplimiento de los estándares de justicia, equidad, seguridad, certeza, u otros, que busca el ordenamiento jurídico en su conjunto?

La actividad del órgano contralor se manifiesta en una gran variedad de actuaciones: fiscalizaciones, revisiones *ex ante* y *ex post* de los actos administrativos, emisión de dictámenes, en medio de esas actividades, entre otros.

¿Cuál es la mirada de la CGR en la elaboración de su *doctrina* jurídica? ¿Sólo las reglas? Si bien hay un profundo cambio jurisprudencial en la doctrina del órgano contralor en los últimos años (que no se alcanza a revisar aquí), cabe recordar la relevancia de hacerlo con conciencia del método: ¿la CGR sólo aplica o replica las reglas formales? O, innovando, y ofreciendo sustitutos a la ausencia de tales reglas, ¿crea principios? ¿Actúa en la búsqueda de la concreción, de manera más amplia, de nuevos estándares? Esto es, al controlar la juridicidad de la actuación administrativa, ¿puede ir, o regularmente, va más allá de las reglas, y se infiltra en principios y estándares?

No intento dar una respuesta, sino poner el tema en la discusión. Pues cualquier observador de la actuación de la CGR no puede sino constatar que la *inspiración* y *finalidad* de tal actuación usualmente va *más allá* de las reglas: *la CGR, en su tarea de la preservación de la juridicidad de la actuación de la Administración, suele inspirarse y buscar la concreción de principios y estándares que no fluyen directa y textualmente de las reglas existentes, pero sí fluyen del orden jurídico todo.*

Para ello ofrezco unas precisiones teóricas previas y un ejemplo.

1. Reglas, principios y estándares jurídicos

Aun cuando son temas de Teoría del Derecho, con amplia literatura y, en cierta medida, básicos en el lenguaje de los juristas, aclaro el uso de los significantes "regla", "estándar" y "principios":

- i) Entiendo aquí por *regla* toda norma jurídicamente obligatoria, fruto de la actividad y potestad del Estado/Regulador;
- ii) Entiendo aquí por *estándar* aquellas directrices que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado; se trata generalmente algún rasgo económico, político o social de la comunidad, y
- iii) Entiendo por *principio* o *principio general del Derecho* aquel producto de la labor de los jueces y juristas, superador de los vacíos o lagunas legales, y que es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Cabe precisar, entonces, que cuando hablamos, por ejemplo, de transparencia, de buena administración, hemos preferido calificarlos de *estándar*, acogiéndonos a una terminología que identifica a los objetivos o directrices apreciados por la sociedad, que eleva su calidad de vida, su participación democrática y que, a la vez, son antesala de relevantes derechos públicos subjetivos.

2. Estándar de la buena administración: el desafío futuro

El desafío global, no sólo de la actuación de la CGR, sino del ordenamiento administrativo en su totalidad, es la buena administración. Es, entonces, un gran tema el de la relación entre el control de la legalidad y los estándares de calidad de la actividad administrativa que espera la ciudadanía.

Los aspectos que debieran ser potenciados hacia el futuro dicen relación con las formas de controlar y hacer cumplir los estándares de buena administración, los que un sistema jurídico de avanzada debe garantizar e incorporar como objetivos a cumplir, de modo claro y concreto.

En defensa de los derechos subjetivos públicos, no basta (no debiera bastar) que los particulares sólo puedan pedir la anulación de determinados actos administrativos y la responsabilidad derivada, en caso de acciones u omisiones dañosas. Entonces, la meta futura es diseñar, por vía jurisprudencial o doctrinaria, como un auténtico derecho público subjetivo, el derecho a la buena administración, amparado sobre la base de ciertos estándares en la ejecución de la actividad administrativa. Estos estándares debieren permitir a los particulares exigir que la Administración actúe eficaz o eficientemente o que actúe como espera la ciudadanía que lo haga.

Se hace más que evidente que ya no sólo es un estándar nacional, sino una exigencia para estar en un mundo globalizado, el cumplir con un Buen Gobierno o Buena Administración y, al mismo tiempo, con un estándar que debiese más que arraigarse en la conducta administrativa, debiendo ser transversal a toda la Administración.

De lo anterior se desprende uno de los logros más notables de CGR, que es el velar porque estos estándares se manifiesten en la actuación de la Administración, y dar muestra en su actuar del cumplimiento de los mismos. Es así como hoy en día la Contraloría es un órgano importantísimo, y en sí mismo implica ya un gran logro, pues da cuenta de la evolución hacia una mejor administración, elevando, transparentando y fortaleciendo las instituciones y los derechos de los ciudadanos.