

EL TRAMITE DE TOMA DE RAZON DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

S U M A R I O

Introducción. I. Características de la toma de razón. II. Actos administrativos sujetos a este trámite. III. Efectos y consecuencias que de él se derivan.

I N T R O D U C C I O N

La ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado N°18.575, ha tenido la gran virtud de reconocer, con entera precisión, que uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho chileno aparece constituido por el control jurídico sobre los actos del Poder Ejecutivo o, lo que es lo mismo desde la perspectiva del ciudadano afectado por ellos, el principio de la impugnabilidad de las decisiones estatales administrativas.

Lo propio se deriva, obviamente, de una correcta exégesis constitucional —y más aún con las reformas de 1989— pero fue esta ley la que vino a sentar definitivamente que “*Todo abuso o exceso*” (sin distinciones de ninguna especie) en el ejercicio de potestades administrativas públicas “*dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*” (art. 2) y que “*Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos (administrativos) que establezca la ley... sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*” (art. 9). Si a ello se agrega lo dispuesto en los arts. 7, 19 N° 3 y 38 inc. 2, entre otros, de la Carta Fundamental, fenecida queda cualquier teoría que pretenda insinuar que los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público son un imprevisto “a que no es posible resistir”, como nos quería hacer creer el art. 45 del código civil.

Sin embargo, a poco andar, se nos revelan como enteramente incompletas las disposiciones de la citada ley 18.575, a lo menos para los efectos de mostrar, de la manera más completa posible, todos los mecanismos que el derecho nacional establece realmente para fiscalizar actos administrativos.

Si la ley 18.575 nos habla preferentemente de los controles represivos, omite mencionar que también existen controles “preventivos”. Y es entre estos

últimos donde se ubica el trámite de *toma de razón* que realiza la Contraloría General de la República, como un forma de fiscalización jurídica a que deben someterse los actos de la Administración antes de que puedan surtir efectos.

La toma de razón, una modalidad de control jurídico preventivo sobre las decisiones administrativas —según decía en 1969 el *dictamen* 2.886 de Contraloría—, olvidada como tal por la ley 18.575, merece un estudio a fondo, sobre todo por la gran proyección alcanzada en los últimos 25 años. En efecto, nacida muy modestamente y sólo como una forma de fiscalizar el cumplimiento de la legislación relativa a la hacienda pública, como un control sobre “la legalidad de las órdenes de pago expedidas por los Ministerios”, según el art. 12 del DFL. N° 7.912 de 1927, poco a poco, y por circunstancias históricas muy concretas de nuestro desarrollo institucional, la toma de razón se convierte en un control “jurídico” en el más amplio sentido de la palabra, hasta quedar reconocido como tal, de manera definitiva, por la Carta de 1980¹.

De allí que no solamente haya adquirido este trámite una importancia relevante para velar por el respeto que la Administración debe al ordenamiento jurídico “objetivo”, sino que también se nos aparece como un medio para salvaguardar preventivamente por el respeto hacia los derechos fundamentales de los ciudadanos, conforme lo mandan los arts. 1 inc. 4 y 5 inc. 2 de la Constitución.

Sin renunciar a la crítica allí donde nos ha parecido pertinente, las páginas siguientes van destinadas a mostrar, simplemente, qué es y en qué consiste este trámite que efectúa la Contraloría General.

I. CARACTERÍSTICAS DE LA TOMA DE RAZON

Si de mostrar se trata, podemos decir que el trámite de toma de razón posee las características de ser 1) un control preventivo, 2) de juridicidad, 3) imprescindible, entre otros requisitos, para la entrada en vigencia de los actos administrativos, y 4) impeditivo de esa entrada en vigor, en el supuesto de ser irregular de decisión de la Administración.

¹Sobre los orígenes de la toma de razón y su transformación, consúltese a E. Soto Kloss, en *El decreto de insistencia*, Revista de Derecho Público (U. de Chile) 15 (1974) 58-60, y en *Estado de Derecho y procedimiento administrativo*, misma publicación N° 28 (1980) 112-113.

1) *Control Preventivo*

1.1) El derecho público chileno ha regulado en diversas disposiciones de rango constitucional y legal, un procedimiento específico para la elaboración de los actos administrativos que se expresan en decretos y resoluciones del Ejecutivo.

Dividido este procedimiento en varias etapas o fases, que van desde la emisión de la decisión administrativa hasta su comunicación final, el ordenamiento nacional ha insertado dentro de él al “trámite” de toma de razón que realiza un organismo distinto al autor de esa determinación —la Contraloría General de la República— y que aparece configurado como un mecanismo de fiscalización jurídica “a priori” sobre tales actos, vale decir que se ejerce *antes de* que ellos nazcan a la vida del derecho, durante su proceso de gestación.

Esta modalidad fiscalizadora preventiva —única en el derecho comparado— recae, pues, sobre las decisiones de la Administración antes de que puedan ser consideradas como actos administrativos perfectos propiamente tales, esto es recae sobre los “proyectos” de decretos y resoluciones².

No existe, en consecuencia, acto administrativo capaz de desplegar todos sus efectos por el sólo hecho de haber sido emitido por la autoridad correspondiente, puesto que de contenerse dicho acto en un decreto o en una resolución, según el caso, ha menester que previamente sea examinado en su juridicidad por la Contraloría, durante la etapa o trámite de toma de razón del mismo. Pero conviene precisar que tampoco el acto va a nacer como tal apenas haya sido revisado y encontrado conforme por la Contraloría (ya veremos que también puede nacer a pesar que ésta no lo encuentre conforme), ya que —además— se requiere que finalmente se le notifique o publique, instante este último que sí es la partida de nacimiento del acto.

1.2) El objetivo fundamental de este examen preventivo es frustrar el acceso o frenar el nacimiento de las determinaciones administrativas contrarias a derecho.

Si ese objetivo no se logra, pueden operar en plenitud los medios de control “represivos” que también regula la ley chilena, representados por los *recursos* que se ventilan ante la propia Administración y por las *acciones* que los ciudadanos pueden intentar ante los jueces, entre otros.

²E. Soto Kloss, *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en Libro Homenaje a la Contraloría General (50 años de vida institucional) Fac. de Derecho, U. de Chile (1977) 165-189.

De este modo, conociendo después la Administración de un recurso jerárquico o de reconsideración, interpuesto en contra de uno de sus propio actos, y a pesar de haber sido cursado con anterioridad por la Contraloría, estará obligada a declarar la invalidación de ese acto si no se conforma a derecho. Y como la Contraloría al tomar razón de un decreto o resolución no resuelve definitivamente sobre su juridicidad, quien se sienta agraviado por ese acto puede también impugnarlo ante los tribunales de justicia, que es a quienes compete, según la Constitución, el esclarecimiento definitivo del derecho.

Debe hacerse especial hincapié en que la sola circunstancia de que un acto administrativo haya sido tomado razón —y aunque el superar este examen lo pone en mejor pie para resistir un enfrentamiento judicial— no implica automáticamente que sea jurídico: la Contraloría puede errar; o bien puede que en un principio haya representado el acto por ser ilegal, pero tuvo que darle curso después porque así se lo ordenó un decreto de insistencia. Ciertamente, este decreto de insistencia fuerza la voluntad del Contralor, pero no tiene el efecto de hacer jurídico lo que en realidad es irregular.

Por otra parte, si Contraloría representó el acto por ser inconstitucional y se ha resuelto el asunto por una sentencia del Tribunal Constitucional que le ordena tomar razón, también se fuerza la voluntad negativa de aquélla, pero esta sentencia no afecta la posibilidad del particular para reclamar judicialmente en contra del acto así cursado. Este particular no ha sido parte ante el Tribunal Constitucional —por lo que no cabe invocar cosa juzgada alguna en su contra— ni la Constitución ha previsto una restricción explícita en ese sentido.

1.3) Excepción. La regla general, según se lleva visto, es que los actos administrativos sólo pueden producir efectos una vez íntegramente tramitados, y dentro de la tramitación de los decretos y resoluciones se encuentra su toma de razón, razón por la cual ésta implica el examen preventivo acerca de su juridicidad. Sin embargo, la legislación ha consultado como excepción los actos llamados “de aplicación inmediata”, también conocidos como decretos o resoluciones de “urgencia”; donde el trámite de su toma de razón por Contraloría es la última fase en el proceso de su gestación, previa su aplicación una vez publicados en el D. Oficial o notificados a su destinatario.

La medida de urgencia, que se ejecuta antes de su toma de razón, importa una excepción a lo dispuesto en los arts. 17 del DFL. 7.912 de 1927 y 154 de la ley 10.336, que prohíben la vigencia de un decreto o resolución antes que cumpla con todos los trámites legales, porque la ley ha dispuesto una “postergación” del trámite de toma de razón para esos casos, según recordaban los *dictámenes* 70.482 de 1965 y 24.134 de 1973 de la Contraloría.

En efecto, acá la ley “pospone” su toma de razón en favor del cumplimiento inmediato de la medida administrativa, y para ello se publican en el diario oficial, o si esta publicación no es legalmente exigible, simplemente se ejecutan desde su notificación.

Como veremos más adelante, el examen de juridicidad que incumbe practicar a Contraloría se realiza *después de* la aplicación del acto, transformándose así esta toma de razón en un verdadero control “represivo”.

2) Control de Juridicidad

2.1) Repetidamente se ha dicho y sostenido que la Contraloría, por medio de la toma de razón, ejercita potestades de fiscalización preventiva sobre la *juridicidad* del actuar administrativo, lo que estaría significando que —a través de este trámite— ha de velar por el respeto integral de todo el *ordenamiento jurídico*, en armonía con el art. 2 de la ley 18.575, y para que ese “bloque de la juridicidad” no sea sobrepasado o avasallado por decretos o resoluciones del Ejecutivo.

Ello, sin embargo, no es tan así en la práctica, debido a algunas auto-restricciones que se ha impuesto el propio Organismo Fiscalizador.

Por de pronto, ha dicho en una declaración pública de 1984 que “conviene recordar que el campo de acción de la Contraloría General no tiene la amplitud que muchas personas le asignan”, y que “En términos generales, la competencia que la Constitución Política del Estado y la ley confieren al Órgano Superior de Control comprende la fiscalización de legalidad tanto de los actos de la Administración como de los ingresos y egresos... Por consiguiente, a la Contraloría chilena le está vedado fiscalizar la *conveniencia u oportunidad* de los actos y contratos que emita o celebre la Administración, esto es, no puede pronunciarse acerca de si conviene realizar determinadas operaciones, como comprar o vender una especie por el Estado, o construir una obra para él, o contratar a un empleado o profesional a honorarios”³.

Así p. ej. el *dictamen* 51.405 de 1968 sostenía que Como órgano de “control externo que es, no le corresponde a Contraloría, por hallarse fuera de los “marcos de su competencia, ponderar la oportunidad, eficacia o vías de solución que “el Supremo Gobierno y la Administración activa adopten en el ejercicio de sus

³La *Contraloría General de la República y la fiscalización*. El Mercurio (Stgo.) 4.3.1984. En igual sentido, sus *dictámenes* 30.692 de 1952; 51.405 de 1968; 17.785 de 1971 y 40.756 de 1976, de entre una abundante jurisprudencia semejante.

"facultades, sino tan sólo pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de "una vía elegida..."⁴.

Tampoco le compete —a juicio de la Contraloría— sustituirse en la calificación jurídica o ponderación de ciertos hechos (generalmente de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados"), con que la ley condiciona el ejercicio de ciertas prerrogativas, porque le correspondería hacerlo a la autoridad administrativa pertinente de manera "discrecional, exclusiva y excluyente" (*dictámenes* 30.692 de 1952; 17.785 y 43.315 de 1971; 13.481 y 58.643 de 1973; 40.756 de 1976 y 23.377 de 1985, entre otros). Ni se extendería tampoco este control a la discrecionalidad de la Administración p. ej. al proveer cargos vacantes y elegir al candidato a empleado público, o para ponderar los méritos funcionarios en un proceso de calificación, o para adjudicar contratos, entre muchos otros supuestos.

Por cierto, estas hipótesis de exención jurisprudencial no han contado con el apoyo de la moderna doctrina administrativista y, más aún, han sido fuertemente criticadas⁵.

⁴A contrario sensu, sólo el control interno podría abarcar el campo de la conveniencia y oportunidad. De allí que la ley 18.575, refiriéndose al control jerárquico, dispone que "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" (art. 10 inc. 2), idea que repite el Estatuto Administrativo (art. 58 letra a) ley 18.834).

⁵En cuanto a que sí cabe el control de oportunidad (o mérito, en la terminología italiana), por ser un aspecto imprescindible para dotar de verdadera justicia a la medida, E. Soto Kloss, en *El decreto de insistencia* cit., pág. 77 nota 8, y en *La toma de razón* cit., 181-183 y 186-188. Este último trabajo es de lectura imprescindible para comprender con exactitud cómo Contraloría revisa los supuestos y elementos del acto examinado. Ver igualmente *La validez de los actos administrativos* en el derecho chileno, XX jornadas de Derecho Público Edeval. Valparaíso 1990 (2 vol), vol 2.

Para el control sobre la calificación jurídica de los hechos, G. Fiamma O. *¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho? (reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa)*, en Libro Homenaje cit. 191-202 (cita dictámenes contrarios a la tesis de exclusión referida: 31.681 de 1938; 47.999 de 1948; 51.769 de 1949; 60.058 de 1962 y 43.315 de 1971).

Una idea general del control que sí realiza Contraloría sobre la discrecionalidad, al menos al examinar el "quantum" o intensidad de penas administrativas, en nuestro *El derecho administrativo sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos*, Revista de Derecho y jurisprudencia t. 84 (1987) 1ª parte, Secc. Derecho, 109-125.

2.2) A modo de resumen, para la Contraloría, y según su *dictamen* 41.164 de 1968, el control por la toma de razón tiene la siguiente extensión o alcance:

"la toma de razón de un decreto supremo o de una resolución de Jefaturas Superiores de Servicio, no consiste más que en el examen de "constitucionalidad y legalidad de ese decreto o de tal resolución, el que se traduce, "en la práctica, en un juicio lógico entre norma y decreto, 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".

No siendo del caso, ahora, analizar cómo se efectúa este control sobre la "existencia de los hechos" que sirven de fundamento a los actos de la Administración, por sobrepasar en exceso la pretensión de estas notas, nos limitaremos a indagar sobre las "normas" cuya correcta aplicación fiscaliza la Contraloría durante el trámite de toma de razón⁶.

Dentro de ese marco, recordemos que tanto la Constitución (art. 88) como la ley 10.336 (arts. 1 y 10), le asignan a la Contraloría la potestad para pronunciarse sobre "la constitucionalidad y legalidad" de los actos de la Administración, al instante de su toma de razón, de donde aparece patente y claro —y sin limitaciones de ninguna especie— que debe velar por la observancia irrestricta de las normas siguientes: a) de la Constitución, y b) de las leyes.

Ahora bien, y antes de entrar a un examen pormenorizado sobre cada uno de estos aspectos, conviene destacar que la Constitución y la ley 10.336 colocan en planos diferentes o estancos separados la fiscalización en pro de las normas constitucionales y el control en favor de las normas legales, por razones que —según se verá enseguida— no obedecen al puro dèseo de resaltar la primacía de la Constitución por sobre las disposiciones de rango legal.

De consiguiente, Contraloría podría representar un acto administrativo por ser inconstitucional o bien por ser ilegal.

La diferencia adquiere enorme importancia, si se considera que no cabe la insistencia presidencial frente al rechazo contralor por inconstitucionalidad del acto (de querer perseverar, la Administración sólo puede elevar la contienda al Tribunal Constitucional); el decreto de insistencia únicamente procede cuando la decisión administrativa ha sido representada por adolecer de ilegalidad.

⁶R. Pantoja B., en *La justicia contenciosa-administrativa en Chile*, "Anuario de Derecho Administrativo (U. de Chile) I (1975/76) 405-408 ("Tendencia de la Contraloría General de la República referida a la toma de razón"), nos muestra la evolución de este trámite: de un examen jurídico formal o cotejo lógico entre acto y norma, a un examen que también comprende la verificación de la existencia de los hechos que justifican la medida administrativa.

No obstante, y esto es lo que queríamos destacar en primer término, en rigor, el acto administrativo ilegal será siempre, y al mismo tiempo, inconstitucional. No cabe separar ambas especies de antijuridicidad. Con entera razón se ha dicho que “esta distinción entre acto representado por motivo de legalidad y acto representado por motivo de constitucionalidad es falaz. En efecto, el acto administrativo representado por razón de legalidad, es también, dada la vinculación directa a la Constitución a que se encuentra sometida la Administración (artículo 6), inconstitucional, ya que ese acto infringiría las normas constitucionales que institucionalizan el principio de la legalidad administrativo (artículos 6, 7, 24, 32 entre otros)”⁷.

Precisado lo anterior, veámos algunos aspectos interesantes (no todos) sobre cómo Contraloría impone respecto hacia cada una de estas normas —la Constitución y las leyes— cuando ejerce la modalidad de control en estudio, adelantándonos desde ya en señalar que tampoco en este punto tiene la amplitud que muchas personas suponen, al menos en opinión de esa Entidad.

a) *Control de Constitucionalidad*.— “Lós preceptos de esta Constitución obligan” dice su art. 6, consagrando el principio de la vinculación u obligatoriedad directa e inmediata de las normas constitucionales, entre las cuales tienen especial relieve y preponderancia las contenidas en su Capítulo I “Bases de la Institucionalidad” (arts. 1 al 9, en relación con el art. 116 inc. 2). En otras palabras, según ese art. 6 allí ubicado, la Constitución es operativa y autosuficiente, y no puede quedar supeditada o condicionada por otras normas de inferior rango.

⁷G. Fiamma O., *El control de constitucionalidad de los actos administrativos*, Gaceta Jurídica 64 (1985) pág. 25 (nota 10) y añade: “En caso de duda sobre la facultad de insistir y la competencia del Tribunal Constitucional, pareciera que es más próxima a la solución del constituyente aquella... que sienta como principio: el principio pro jurisdicción constitucional. Es mucho más adecuado al Estado de Derecho que el Presidente de la República, en vez de imponer su juicio, mediante la insistencia, permita que un tercero imparcial, como lo sería el Tribunal Constitucional, resuelva la controversia suscitada entre él y el Contralor General de la República”.

El dictamen 71.585 de 1970, analizando la infracción de un DFL a la ley delegatoria pertinente, sostuvo que “La infracción de este último es, pues, también una infracción formal de la Constitución Política, ya que con ello se estaría vulnerando por el Poder Ejecutivo el proceso formativo de la ley delegada —decreto con fuerza de ley—, previsto y sancionado por la propia Carta Fundamental de la Nación”. Añade que “con la norma que consagra el principio legalista del Art. 4º del Cuerpo Constitucional (de 1925), reglas todas estas que se verán infringidas cada vez que el Ejecutivo exceda o vulnere el texto de la ley delegatoria” y que “se confunden así los conceptos de legalidad y constitucionalidad”.

Y como los preceptos constitucionales obligan “a toda persona, institución o grupo”, resulta que son destinatarios de este deber de acatamiento y sumisión —que se impone sin excepciones ni restricciones— tanto el legislador como el administrador. La obligación también alcanza, evidentemente, al Contralor, más aún si está llamado precisamente a velar por la observancia y acatamiento de esas mismas normas de la Constitución, entre las que se encuentran aquella que consagra la primacía constitucional.

De allí que tanto la ley, como el acto administrativo e incluso el acto del Contralor que contiene la toma de razón del mismo, quedan todos subordinados a los preceptos constitucionales, por imperio del citado art. 6.

En lo que toca al administrador —y en armonía con los arts. 7, 24, 27 y 32 CP— el art. 2 de la ley 18.575 dice que: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes”. O sea, primero ha de respetar la Constitución y luego las leyes, y no al revés, por razones evidentes de jerarquía normativa, y sea que las disposiciones constitucionales con las legales concurren simultánea o separadamente a una decisión administrativa, porque ello no ha sido materia de distingo.

A pesar de lo anterior, para la Contraloría el panorama no aparece tan claro, puesto que al examinar el acto administrativo durante su toma de razón, hace un distingo: si el acto es *directamente* contrario a la Constitución lo representa, esto es se abstiene de cursarlo, pero siempre y cuando no haya sido dictado conforme a una ley, porque en este último evento sí lo cursa.

Repite así lo que en Francia sostiene el Consejo de Estado: “si el acto conceptuado como inconstitucional se ha producido en ejecución de una ley, y conforme a ésta, el vicio, real o supuesto de inconstitucionalidad es imputable al legislador, no al poder ejecutivo y no puede por tanto ser tomado en consideración”⁸. Aquí en Chile, y a pesar del claro e inequívoco sentido del art. 6 CP, Contraloría también prescinde de esa forma de inconstitucionalidad y toma razón del acto.

Y ello es así porque rehusa ejercer cualquier tipo de fiscalización de constitucionalidad sobre las leyes, aunque sea de un modo tan indirecto y particular como el no tomar razón de un acto administrativo ajustado a una ley, pero igualmente inconstitucional. En sus *dictámenes* 59.945 de 1974, 75.697 de 1977 y 19.244 de 1979, se ha cuidado de hacer hincapié que la inconstitucionalidad de la ley es materia del recurso de inaplicabilidad de que debe conocer la Corte Suprema

⁸G. Vedel, *Derecho Administrativo*, Bibl. Jurídica Aguilar (Madrid) 1^a ed. (1980) 223-224, donde cita v. gr. C. E. Ass 4 de Abril de 1952, Syndicat régional des Quotidiens d' Algérie, GA número 86; JCP, 1952.2.7138, nota G. Vedel.

(sin perjuicio del control a priori que compete al Tribunal Constitucional). Lo propio sostiene respecto de los decretos promulgatorios de ley (*dictamen* 50.782 de 1973) y de los decretos con fuerza de ley (71.585 de 1970)⁹.

Es nuestra opinión que la Contraloría General de la República no puede quedar así, tan “fuera de juego” ante una ley violatoria de la Constitución. Es cierto que no puede fiscalizar la ley, pero tampoco tiene por qué condescender con ella y permitirle que multiplique sus efectos nocivos, por medio de actos respecto de los que sí tiene atribuciones para controlarlos. No tiene por qué tomar razón de un acto administrativo inconstitucional, por mucho que éste se apoye en una norma legal. Resignarse a ello implicaría —en la forma— que sus atribuciones han resultado, a la postre, disminuidas por leyes que ni siquiera pueden tener rango orgánico constitucional (contrariando lo dicho en el art. 87 CP) y —en el fondo— al hacer suya la infracción constitucional (cometida por la ley y repetida por el acto), estaría colocándose ella también como responsable de la inobservancia, tanto del precepto específico violado en cada caso, cuanto de lo dispuesto en los arts. 6 y 88 CP.

La Contraloría debe “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas *conforme a ella*”, dice ese art. 6. El solo antecedente de que dicho art. 88 le haya posibilitado representar un acto de la Administración por “inconstitucionalidad”, sin distingos, así lo demuestra, a pesar que existan también otras instancias con la misma misión. La abundancia de controles para proteger la Constitución no puede llevar a una interpretación que sienta lo opuesto y, en el hecho, los disminuya.

b) *Control de legalidad*. La Contraloría no sólo debe velar porque los actos de la Administración se ajusten a la Constitución, sino también que sean acordes con la legislación vigente, habida cuenta del principio de la legalidad que los determina y condiciona, con arreglo a lo dispuesto —principalmente— en el art. 7 CP.

Veamos cuál es la “legislación” a la que atiende Contraloría al examinar las decisiones sujetas a toma de razón, y luego cuándo entiende que esa legislación está “vigente”.

b.1) La “*legislación*” cuya correcta aplicación debe fiscalizar esa Entidad durante la toma de razón, debe entenderse en el sentido más amplio y comprende: las leyes *stricto sensu*, los decretos con fuerza de ley, los dictámenes de la misma Contraloría y los reglamentos del Ejecutivo.

⁹ Así se desliza también, tras informe de la Contraloría, en el recurso de protección *Pesquera Nacional Ltda.*, CAp. Stgo. 23.3.1989 (cons. 4) C. Suprema 27.4.1989. RDJ t. 86 (1989) 2.5, 20-29. A lo más Contraloría ha llegado a informar sobre la vigencia de normas en relación a la Constitución (*dictámenes* 64.681 de 1973 y 23.290 de 1984).

Las 2 primeras fuentes, clásicas por lo demás, no revisten mayor dificultad, por lo que sólo nos ocuparemos de las dos últimas.

En cuanto a la relación entre los "dictámenes" de Contraloría con su acto de toma de razón, la jurisprudencia administrativa, y sobre la base de lo dispuesto en los arts. 6, 9 y 19 de la ley 10.336, ha puntualizado que estos pronunciamientos suyos son informes en derecho emitidos para la correcta aplicación de las leyes y reglamentos, por lo que, en cuanto fijan el sentido de las disposiciones interpretadas, constituyen, en un momento determinado "un todo obligatorio" para la autoridad (*dictámenes* 65.058 de 1964 y 67.927 de 1963, p. ej.). El respectivo dictamen interpretativo se "integra" con la ley interpretada, y al tener que respetar ésta el acto administrativo, también debe acatar aquél. Por ende, la Contraloría puede aplicar sus propios dictámenes, emitidos con anterioridad, al examinar después una decisión administrativa durante su toma de razón.

Así el *dictamen* 14.448 de 1988, ha informado que "conociendo de un decreto o resolución dictado para un funcionario o pensionado determinado, esta Entidad Fiscalizadora, por la vía de la toma de Razón, podrá pronunciarse aplicando a ese acto el referido dictamen".

Con todo, hay que tener en cuenta que para la Contraloría —por regla general— no procede emitir dictámenes previos sobre materias particulares, susceptibles de decidirse a través de decretos o resoluciones, ya que la oportunidad para pronunciarse sobre su juridicidad es al momento de tomar razón de los mismos (*dictámenes* 47.121 y 70.197 de 1959; 10.654 de 1962; 78.644 de 1965; 17.829 de 1983 y 8.526 de 1986). Ha insistido que resulta improcedente "emitir juicios a priori" sobre un decreto, ya que un pronunciamiento sobre su legalidad y constitucionalidad sólo puede practicarse mediante el cumplimiento del trámite de toma de razón (*dictamen* 81.460 de 1968), y que Contraloría no tiene competencia para pronunciarse, por medio de dictámenes, sobre proyectos de decretos o resoluciones; "anticipar juicio" —agrega— sería enervar el procedimiento establecido por la ley, incurriendo en el "prejuzgamiento" de la materia, que posteriormente le ha de corresponder conocer en el trámite referido de la toma de razón (*dictámenes* 29.031 de 1975 y 6.010 de 1989).

Veremos luego que en virtud del "desasimiento", tampoco expide dictámenes posteriores a la toma de razón de un acto, salvo en cuanto a su interpretación.

En lo que respecta a los "reglamentos", vale recordar que son actos administrativos destinados a regular relaciones jurídicas de una manera general y abstracta, emitidos en forma imperativa y sin plazo de vigencia (*dictamen* 74.554 de 1977), y constituyen normas vinculantes a las cuales han de ajustarse los actos administrativo particulares, acorde al principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos. Como precisa el *dictamen* 24.468 de 1984, mal podría prescindirse de

los preceptos reglamentarios emitidos, precisamente, para facilitar el cumplimiento de las normas legales, agregando que el reglamento es un acto administrativo, una norma de carácter general, obligatoria y permanente emanada de la autoridad administrativa y subordinada a la ley, que tiene su fundamento en la necesidad de administrar el Estado, que está entregada por la Constitución Política al Presidente de la República y que tiene por objeto servir de ejecutor a las leyes, e implica un necesario complemento de la ley que reglamenta, en tal forma que una y otro *forman un todo armónico* que en conjunto constituye derecho y regula las situaciones pertinentes, por lo que *no es posible aplicar una disposición legal y prescindir de las normas que la reglamentan*".

De esta forma, si durante el examen preventivo de juridicidad por la toma de razón se detecta que un acto administrativo singular es contrario a una disposición reglamentaria, debe ser representado y no procede darle curso. En su *dictamen* 28.226 de 1971, Contraloría sostuvo que por simple decreto no procede suspender la aplicación de un reglamento, con el objeto de resolver casos particulares o situaciones de excepción o transitorias, porque el decreto reglamentario es dictado por el Presidente de la República para reglar situaciones generales y, por tanto, éste puede ser modificado sólo de manera que la modificación produzca también efectos de general aplicación (en igual sentido: 18.904 de 1982; 44.201 de 1957; 65.723 de 1956).

b.2) Por otra parte, ¿cuál es la legalidad "vigente" que Contraloría considera cuando fiscaliza los actos administrativos? ¿La que estaba en vigor cuando se dictó la decisión, o la ley vigente al instante de su toma de razón?

El punto es trascendente, ante los continuos cambios y mutaciones legislativas. Como el acto administrativo se dicta siempre sobre la base de la ley que se encontraba vigente cuando se emitió —único instante que puede tener en cuenta el autor de la decisión— ¿qué pasa si en su tramitación por Contraloría se ve afectado por un cambio o derogación sobreviniente de esa ley que le sirvió de fundamento? ¿Se cursa el acto o, a la inversa, procede su representación?

Por de pronto, Alessandri y Somarriva nos recuerdan que "Al discutirse el proyecto de Ley sobre efecto retroactivo, la Cámara de Diputados aprobó una indicación tendiente a redactar el inciso 1º del artículo 22 en los siguientes términos: La validez de un *acto* o contrato y los derechos u obligaciones que de ello resulten, *se regirán por las leyes vigentes al tiempo en que hubieren tenido lugar*. Pero —añaden—, ¿qué sucedió? En la transcripción que el Presidente de la Cámara de Diputados hizo al Senado de las modificaciones introducidas en el Proyecto, no se incluyó la de artículo 22".

Agregan que "El Senado, en sesión de 13 de septiembre de 1861, las aceptó por unanimidad, y envió al Ejecutivo el Proyecto, quedando de consiguiente

el mencionado artículo en su forma primitiva”, y que “Las razones que tenía la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que era la que había propuesto el cambio de la disposición, se encuentran estampadas en una parte del respectivo informe, que dice: ...Los efectos de esta ley que se trata de dictar no deben limitarse sólo a los contratos, sino que, por el contrario, deben hacerse extensivos a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos”.

Y concluyen: “Podríamos, pues, a falta de artículo expreso, aplicar el mismo principio... que rige los contratos a todos los demás actos legales, a virtud del espíritu del legislador y del aforismo que dice que «donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición»”¹⁰.

Pero, ¿cuándo “tiene lugar” un decreto o resolución? ¿Cuándo se emite o cuándo queda totalmente tramitado y —por ende— en condiciones de introducirse válidamente al ordenamiento jurídico?.

Silva Cimma, a la época en que era Contralor General sostiene que “la Contraloría ha sentado jurisprudencia en el sentido de que al analizar la legalidad de un decreto debe hacerlo considerando la legislación vigente a la fecha de la toma de razón”¹¹.

Pero si bien ello puede ser cierto en algunos casos excepcionales —v. gr. los *dictámenes* 33.133 y 33.552 de 1989 dicen que las condiciones de cálculo de los desahucios quedan determinados por la legislación vigente al momento de la toma de razón de la resolución aprobatoria pertinente— la verdad es que, a partir precisamente de la década de los 60, Contraloría viene afirmando un criterio diametralmente opuesto. Ya en su *dictamen* 37.875 bis de 1960 dice que los actos administrativos se rigen por la ley vigente al momento de su dictación, no siendo óbice para darles curso el cambio sobreviniente de legislación. Y lo reitera así en *dictámenes* 78.955 de 1975; 6.155 y 11.824 bis de 1981; 34.085 de 1987; 27.721, 30.311 y 31.909 de 1989, y 3.401 de 1990.

El *dictamen* 30.311 dirá que “los actos administrativos se rigen por la ley vigente a la fecha de su emisión y, en consecuencia, la Contraloría General a

¹⁰Curso de derecho civil. Parte general y los sujetos de derecho (A. Vodanovic). Ed. Nascimento (Stgo) 4a. ed. (1971) 210-211. Los autores identifican, equivocadamente, el problema dentro de la “irretroactividad” de las normas jurídicas, en circunstancias que, en verdad, dice relación con la pervivencia de la ley.

¹¹Derecho administrativo chileno y comparado (2 vol) Ed. Jurídica (Stgo) 2ª ed. (1962) vol. 1, 205 (nota 2).

"través del trámite de la toma de razón debe verificar precisamente si ellos se ajustan a las disposiciones legales en que se fundamentan y que regían a la fecha en que fueron dictados, debiendo darles curso si cumplen con esa exigencia"¹².

Y así lo entiende también la sentencia recaída en recurso de protección *Vilches Paz-Soldán* (1990):

"Que si bien es efectivo que las resoluciones administrativas no surten sus efectos hasta que la Contraloría General de la República ejerza a su respecto el control de legalidad exigido por la Constitución Política del Estado y su ley orgánica, no lo es menos que el órgano contralor debe cumplir dicha función atento a la ley vigente al momento en que se produjo tal decisión, a menos que la ley posterior tenga efecto retroactivo..."¹³.

En nuestra opinión, la regla general es que la autoridad que emite el acto no puede sino tomar en cuenta la ley vigente a ese instante —al momento de la dictación—, único criterio que, por lo demás, es posible exigir al efecto, sin perjuicio que, además, dicho acto debe mantenerse o permanecer siempre ajustado a derecho, durante toda su vida o desarrollo, hasta el instante de su extinción. Eso vale para la Administración activa.

Pero la Contraloría debe analizar la decisión conforme a la legislación en vigor cuando realiza su propio examen de juridicidad, puesto que la toma de razón misma es un acto jurídico que, como tal, debe también estar acorde con la legalidad que esté vigente cuando el Contralor lo emite.

No obstante, los actos administrativos que se limitan a reconocer derechos preexistentes que arrancan de la ley, deben regirse por esa ley, sin alcanzarles el cambio sobreviniente de legislación, en razón de su naturaleza de títulos meramente declarativos de derechos, amparados por la garantía constitucional a la propiedad (art. 19 N° 24.).

3) *Control Imprescindible.*

3.1) *Legislación.* La Constitución señala que: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad

¹²Su texto en GJ 113 (1989) 117-118. Para la doctrina —un tanto más sofisticada— del Consejo de Estado francés, E. Soto Kloss, *El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés*, Revista de Administración Pública (Madrid) 64 (1971) 53-105, especialmente 90-101 (los actos individuales creadores de derechos, se rigen por la ley antigua, la vigente cuando su emanación; los actos individuales que no los generan y los reglamentos, son directamente afectados por el cambio y se rigen por la nueva ley).

¹³CAp. Stgo. 9.I.1990 (cons. 6), rol 451-89 P. CS 24.I.1990.

de los actos de la Administración" (art. 87) y que "En ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros" (art. 88), precisando —además— los casos en que no cabe dicha insistencia.

El art. 17 del DFL. 7.912 (5.12.1927) "ley de ministerios", dispone 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" (inc. 1).

"Ninguna oficina de Hacienda, Tesorería, Contaduría, etc., dará cumplimiento a decretos que no hayan pasado por el trámite antes indicado. El funcionario público que no de cumplimiento a esta disposición perderá por este solo hecho su empleo. Para este efecto los jefes de servicios no serán considerados como tales" (inc. 2).

El art. 1 de la ley 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría, recogiendo una larga tradición, dice: "La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto... 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" (inc. 1).

Añade su art. 10: "El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer..." (inc. 1).

Y finalmente el art. 154 de la cit. ley 10.336 previene que: "La Contraloría velará por que se dé estricto cumplimiento a las disposiciones que prohíben la comunicación de los decretos supremos y resoluciones antes de que de ellos haya tomado razón el Contralor" (inc. 1). "Para este efecto, los distintos Ministerios, al enviar al Diario Oficial o a otros órganos oficiales de publicación las transcripciones de los decretos y de las resoluciones administrativas, deberán hacer estampar en ellas la constancia de que los respectivos decretos y resoluciones han sido totalmente tramitados" (inc. 2). "En caso de incumplimiento de lo establecido en el inciso 1º, se solicitará por la Contraloría la aplicación de las sanciones legales" (inc. 3).

3.2) Jurisprudencia judicial. Ya en recurso de amparo *Alvarez Rojas* (1949) reconocían nuestros tribunales que “mientras no se realiza dicho trámite, no se puede dar cumplimiento a lo que en ellos (los decretos supremos) se disponga y los funcionarios que contravinieren esta norma quedan sujetos a la sanción que establece el inciso 2º del artículo 17 del Decreto con Fuerza de Ley antes citado”¹⁴.

A 40 años de distancia, el recurso de protección *Vilches Paz-Soldán* (1989) cit. admite que “es efectivo que las resoluciones administrativas no surten sus efectos hasta que la Contraloría General de la República ejerza a su respecto el control de legalidad exigido por la Constitución Política del Estado y su ley orgánica” (cons. 6).

3.3) Jurisprudencia administrativa. El *dictamen* 269 de 1949 de la propia Contraloría, sostenía que mientras ella no se pronuncie sobre la constitucionalidad y legalidad de un acto administrativo, puede decirse que éste no tuvo valor jurídico. En 1952 el *dictamen* 11.557 reitera que las decisiones de la Administración carecen de valor legal mientras no se tome razón de ellas por Contraloría. El *dictamen* 19.746 de 1973 dice que los actos administrativos sólo pueden producir efectos una vez íntegramente tramitados, y el *dictamen* 28.490 de 1981 —citando los anteriores 45.391 de 1960 y 29.851 de 1969— que “los actos administrativos que según las leyes deben someterse al conocimiento de esta Entidad Fiscalizadora para el trámite previo de legalidad, *no tiene validez jurídica alguna* antes de que se cumpla la mencionada exigencia”.

Otros pronunciamientos han aseverado que el trámite que nos ocupa implica el examen de constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración que incumbe practicar a Contraloría “y a él se condiciona en definitiva la *eficacia* del decreto o resolución respectivo” (*dictámenes* 55.041 de 1968; 29.851 de 1969; 71.585 de 1970; 47.609 de 1971; 21.531 de 1972 y 19.746 de 1973).

3.4) Doctrina. La más moderna doctrina sostiene que —en verdad— la toma de razón no es un trámite que de “eficacia” al acto, que habría ya nacido a la vida jurídica con la sola declaración formal administrativa. “La toma de razón integra una fase del procedimiento de elaboración del acto administrativo”, que recae sobre un “proyecto de acto administrativo”, dice Soto Kloss¹⁵. Lo que se envía a Contraloría no es un acto administrativo afinado, ya que “acto jurídico” es el que

¹⁴CS 5.12.1949 (cons. 3) Gaceta de los Tribunales 1949 (2º sem.) N° 90, 460-462.

¹⁵*La toma de razón* cit., 176 y *El decreto de insistencia* cit., 79 (nota 48 in fine).

produce o está destinado a producir efectos jurídicos, y acá ocurre que la decisión administrativa jamás podrá generar sus efectos si no ha sido antes tomada de razón, salvo el caso excepcional de los actos de aplicación inmediata, lo que viene a confirmar la regla.

“Sin toma de razón —en los casos en que ella es exigida— no es posible cumplir ninguna decisión del administrador, no cabe su aplicación; es más: su ejecución, en el supuesto que se pretenda hacerlo, acarrea por ese solo hecho la pérdida del empleo del funcionario ejecutor. Y aún cabría agregar que no sería ejecución de un acto administrativo sino de una vía de hecho”¹⁶.

En síntesis: sin toma de razón simplemente *no hay* acto administrativo.

En efecto, uno de los requisitos para que los órganos de la Administración actúen “válidamente”, es que decisiones sean expedidas en la “forma” prescrita por la ley, según dice el art. 7 CP. Y como dentro del procedimiento o forma de elaboración de los decretos y resoluciones administrativas la Constitución y las leyes exigen el control previo de juridicidad que realiza la Contraloría (arts. 87-88 CP), resulta que si no se satisface esta condición la decisión es “nula” de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones que establece la ley (art. 7 inc. 3 CP).

Más aún, al no haberse conformado a las exigencias constitucionales que requieren, perentoriamente, tomar razón de las decisiones administrativas antes de poder producir efectos, la determinación no cursada previamente por Contraloría no “obliga” y por ende, no debe ser obedecida (art. 6 inc. 2 CP. y art 17 inc. 2 DFL. 7.912 de 1927). Y ello aparece incluso corroborado por la ley cuando “*prohíbe* la comunicación de los decretos supremos y resoluciones antes de que ellos hayan tomado razón el Contralor” (art. 154 inc. 1 ley 10.336), y valga recordar que los actos que la ley prohíbe son nulos “y de ningún valor”, como también prescribe la norma de derecho público que contempla el art. 10 del Código Civil.

Ahora bien, no ha mediado la toma de razón correspondiente, tanto a) cuando la Administración simplemente no envía el acto a Contraloría y lo aplica igualmente, auto-eximiéndose del deber de cumplir la ley, como también b) cuando antes de remitir su decisión al trámite de toma de razón, procede a su ejecución inmediata, fuera de las excepciones legales referidas a los actos de urgencia.

En ambos casos se generan las siguientes consecuencias.

En primer lugar: la decisión así aplicada constituye una simple “vía de hecho”, vale decir se trata de un acto nulo y de ningún valor, incapaz de producir efecto jurídico alguno.

¹⁶E. Soto Kloss, *La toma de razón* cit., 174.

Con todo, no debe olvidarse que la jurisprudencia de Contraloría ha morigerado un tanto esta drástica sanción de la nulidad, que impide que la decisión no cursada despliegue efecto alguno, protegiendo a los terceros de buena fe, especialmente por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa. Así por ej. se ha dictaminado en favor de constructores de obras públicas por encargo de la Administración, cuando los respectivos contratos no fueron afinados por medio de decretos o resoluciones ni se cumplió con el examen previo de constitucionalidad y de legalidad ante ese Organismo Contralor: las obras terminadas a satisfacción de la autoridad competente hacen que ésta deba pagar el valor correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que intervinieron en la tramitación del contrato al margen de las disposiciones legales (*dictámenes* 35.525 de 1966; 40.453 de 1968 y 9.210 de 1971, entre otros). Lo mismo se ha manifestado para el caso de funcionarios públicos *de facto* (*dictámenes* 98.576 y 101.092 de 1973 y 19.052 de 1975).

En segundo término: la referida nulidad o inexistencia es sin perjuicio de las responsabilidades y demás sanciones que la ley señale.

De la infracción a las normas que impiden aplicar un decreto o resolución antes de haber pasado por el trámite de toma de razón, se deriva la responsabilidad disciplinaria del funcionario infractor: si de un proyecto de decreto se trata, no cabe sino aplicarle la medida disciplinaria de destitución, por ser esa la sanción contemplada para ese evento específico en el art. 17 inc. 2 del DFL. 7.912 de 1927, de conformidad con el art. 119 letra d) de la ley 18.834 —si es aplicable este Estatuto— y previo el sumario administrativo de rigor, al amparo del art. 15 de la ley 18.575. Si se tratare de un proyecto de resolución, la medida disciplinaria se aplicará de entre las taxativamente enumeradas en el respectivo Estatuto (v. gr. art. 116 ley 18.834), previa investigación o sumario administrativo, y tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes.

En cuanto a la responsabilidad civil, puede tener lugar la aplicación del art. 63 de la ley 10.336 que dispone que “ningún funcionario podrá contraer deudas o compromisos de cualquier naturaleza, que puedan afectar la responsabilidad fiscal, sin que previamente haya sido autorizado por decreto supremo tramitado con las formalidades legales” (inc. 1).

“En los casos de contravención a lo dispuesto en este artículo, el funcionario infractor será exclusivamente responsable ante los acreedores de la obligación civil proveniente del compromiso contraído ilegalmente y será, además, castigado con multa de hasta cuatro veces el monto de tal obligación, que aplicará administrativamente y sin ulterior recurso el Contralor” (inc. 2).

“En caso de reincidencia y a petición del Contralor, se destituirá al funcionario responsable, en conformidad a la ley” (inc. 3).

Y por último: si con posterioridad a su cumplimiento o ejecución, se remite el acto a la Contraloría para su tramitación, ésta debe abstenerse de cursarlo. Como sostiene el *dictamen* 2.962 de 1960, no procede tomar razón de un decreto enviado para su tramitación con una fecha muy posterior a su expedición y a la que ha surtido efectos, por cuanto ello implicaría otorgarle un efecto retroactivo que no corresponde y entorpecería la labor de control preventivo a realizar¹⁷.

Finalmente debe insistirse en un punto esencial para comprender adecuadamente la institución en estudio: en último término lo “imprescindible” no es el juicio favorable de la Contraloría, sino que ella tome razón del acto. El decreto de insistencia o la sentencia del Tribunal Constitucional o la sentencia judicial —cuando procedan estos mecanismos— tienen la virtud de sobrepasar la opinión adversa del Contralor acerca de la juridicidad del acto y lo obligan a tomar razón de él, lo que demuestra tanto esta última prevención cuanto que la toma de razón, realmente, es imprescindible.

4) *Control Impeditivo*

4.1) La toma de razón no traduce un control meramente especulativo ni es un simple juicio contemplativo, que se limita a constatar la antijuridicidad o dejar constancia de la irregularidad cometida.

Al contrario, “se concreta en la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de las decisiones (proyectos de actos administrativos) no conformes a Derecho, y ello a través del ejercicio de poderes jurídicos impeditivos, de inhibición del proyecto de acto... sometido a control jurídico, poderes jurídicos impeditivos que se traducen en su *representación*”¹⁸.

En efecto, constatada que sea la inconstitucionalidad o la ilegalidad de que pueda adolecer el acto en examen, la Contraloría debe abstenerse de darle curso ordinario y proceder a devolver —sin tramitar— el proyecto de decreto o resolución a la autoridad emisora. Esto es lo que se conoce como la “representación”, y que se

¹⁷Aunque otras veces, cuando la tardanza no parece excesiva, cursa el acto haciendo presente la demora y la necesidad de aplicar las sanciones legales (*dictámenes* 9.583 de 1967; 51.243 de 1972; 32.660 de 1981, y 24.661 de 1983).

¹⁸E. Soto Kloss, *La toma de razón* cit., 176-177. Según *dictamen* 76.456 de 1959, si Contraloría tomó razón de un decreto a pesar de merecer reparos, en una o más materias específicas, con el objeto de no perjudicar el resto, no procede cumplir la parte reparada.

expresa en un oficio devolutorio fundado del Contralor, explicando los motivos en que se ha basado para reparar el acto.

Como la toma de razón tiene por finalidad la salvaguardia del ordenamiento jurídico, la representación impide el acceso a la vida jurídica de los actos de la Administración no conformes a derecho y, por lo tanto, este reproche que hace la Contraloría, en virtud de los vicios detectados, significa que el "proyecto" de acto administrativo queda "frustrado", queda paralizado en su tramitación.

Lo propio se da en el caso de los actos de aplicación inmediata, esto es de aquellos que primero se ejecutan y luego después son enviados a Contraloría para su toma de razón. La medida de urgencia representada, señala la jurisprudencia administrativa, queda desprovista desde ese instante de su aparente fuerza legal, debiendo ser dejada sin efecto o suspenderse en su aplicación de inmediato, sin que sea posible mantener su vigencia práctica, al margen de la responsabilidad que del hecho de haberse ejecutado pudiere desprenderse en contra de la autoridad administrativa que la dispuso (*dictámenes* 70.482 de 1965; 55.041 de 1968; 29.851 de 1969; 47.609 de 1971; 14.656, 21.531 y 83.660 de 1972; 5.730, 14.348, 19.746 y 45.675 de 1973).

Sin embargo, la paralización o frustración del acto que provoca la representación no es, necesariamente, definitiva y permanente.

Efectivamente, frente a la representación del Contralor, la Administración activa puede conformarse y desistirse de dictar el acto, o reenviarlo a la Contraloría una vez subsanadas las objeciones que ésta formulara, o modificarlo para salvar esos reproches¹⁹. Pero si la Administración no se conforma con la decisión del Contralor y desea perseverar en su propia determinación puede allegar nuevos antecedentes que la harían jurídicamente procedente. Se trata, en el fondo, de una "reconsideración" que la autoridad hace valer la misma Contraloría (*dictamen* 99.746 de 1973).

Si la representación hubiere tenido lugar por vicios de ilegalidad, la Contraloría deberá dar curso al acto reprochado cuando el Presidente de la República "insista", por medio de un decreto supremo que debe llevar la firma de todos sus ministros, todo ello según el art. 88 CP y art. 10 de la ley 10.336. En este evento el Contralor debe despachar ambos actos (el decreto de insistencia y el

¹⁹Según el *dictamen* 23.345 de 1971, no resulta procedente que los personeros de un gobierno remitan para su tramitación legal decretos o resoluciones dictados por un gobierno anterior, que fueron representados por haber merecido observaciones de fondo.

Todas las posibilidades indicadas en el texto son sin perjuicio que la Administración pueda adoptar otros procedimientos legales para conseguir sus propósitos (vid. RP Sagredo Arias, CAp. Stgo. 15.3.1988, CS. 6.4.1988. RDJ t. 85 (1988) 2.5, 34-41).

decreto o resolución reparado), esto es tomar razón de ellos, enviar copia de ellos a la Cámara de Diputados, para los efectos de lo dispuesto en el art. 48 CP, y consignar el hecho en la Memoria Anual que la Contraloría debe presentar al Presidente de la República y al Congreso Nacional.

Como se advierte, el decreto de insistencia constituye una verdadera “orden” que el Presidente de la República imparte al Contralor para que éste curse un acto tachado de ilegal. En nuestro ordenamiento jurídico, las figuras de la “representación” y la “insistencia” se dan precisamente en la relación jerárquica entre funcionarios subalternos y sus jefaturas, cuando aquéllos estiman ilegal una orden de éstos (v. gr. arts. 56 ley 18.834 y 64-65 ley 10.336). Lo mismo ocurre acá y con iguales efectos liberatorios de responsabilidad: si la Contraloría no representa un acto de la Administración que sea ilegal, queda comprometida la responsabilidad de ambos —y especialmente por los daños que se puedan causar a terceros (p. ej. art. 4 ley 18.575)—; si representó la medida y ésta es insistida, sólo se genera la responsabilidad de la Administración activa.

Cabe consignar que, de todas formas, no procede el mecanismo de la insistencia presidencial cuando se trate de decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución (art. 88 CP).

Por otra parte, dice el art. 88 inc. 3 CP, “si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia”, al amparo del art. 82 N° 6 CP.

Según la ley 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, art. 49 inc. 2, este plazo de 10 días se contará desde que se reciba en el Ministerio de origen el oficio de representación del Contralor General.

Transcurrido dicho plazo, sin haberse elevado el conflicto al Tribunal Constitucional, o rechazado por éste el reclamo presidencial, queda a firme la representación de Contraloría. Al contrario, si se acoge el reclamo, la sentencia “será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnado” (art. 49 inc. 3 ley 17.997).

Obviamente, todas las hipótesis antes planteadas parten de la base de que es la Administración la que no se conforma con la representación, y emplea alguno de los mecanismos señalados para superar la opinión adversa del Contralor. Pero no puede descartarse la posibilidad de que sea un particular o un funcionario público, en resguardo de sus derechos, quien también pueda, por la vía de acudir a

los tribunales, y con una sentencia a su favor, superar esa representación. La representación del Contralor es un acto jurídico emanado de una autoridad estatal de naturaleza administrativa como lo señala el art. 1º de la ley 18.575, que, como tal, es impugnante ante los jueces, por permitirlo así expresamente el art. 2 de la citada ley²⁰.

II. ACTOS DE LA ADMINISTRACION SUJETOS A ESTE TRAMITE

1) El art. 87 CP encomienda a la Contraloría ejercer la fiscalización jurídica sobre "*los actos de la Administración*".

Esta disposición debe entenderse en términos amplios en cuanto al "contenido" que pueden asumir esos actos, como quiera que emplea una expresión genérica que comprende tanto a los actos administrativos propiamente tales, como también a aquellos que materializan atribuciones de naturaleza legislativa ejercidas por el Presidente de la República, como son el caso de los DFL y de los decretos promulgatorios de una ley o de una reforma constitucional, todo ello en armonía con los incs. 2 y 3 del art. 88 CP²¹.

Son los actos administrativos stricto sensu los que ahora ocupan nuestra atención.

2) Pero a pesar de la amplitud anotada, no todos los actos administrativos quedan sujetos a esta modalidad de control preventivo.

La Constitución únicamente circunscribe el trámite en estudio respecto de las decisiones de la Administración que se formaliza en dos tipos de documentos:

²⁰En RP *Sociedad de Servicios Urbanos del Litoral SA.*, la CAp. Stgo. (3.10.1988) ordenó a la Contraloría tomar razón de una resolución de la Dirección General de Aguas que antes había representado y dejó sin efecto el pertinente oficio devolutivo de esa Entidad Fiscalizadora (Fallos del Mes 369, 483-488). Por *oficio* 32.267 de 1988, Contraloría promovió una contienda de competencia ante la Junta de Gobierno, y como ésta no resolvió el conflicto, la Corte Suprema entró a conocer del recurso de protección en segunda instancia —trás un fallido intento de Contraloría para suspenderlo (*dictamen* 19.686 de 1989)— confirmando en todas sus partes la sentencia apelada (3.8.1989). En vista de ello, por tratarse de una resolución judicial ya ejecutoriada, Contraloría la acató y dio curso definitivamente al referido acto administrativo (*dictamen* 30.469 de 1989).

Aunque se declara inadmisibile por extemporáneo (de manera errada, a nuestro juicio), la misma posibilidad de impugnar una toma de razón aparece en RP *Agrofrutícola Delmaule-frut Ltda.*, CAp. Valpo. 21.9.1989 CS 17.10.1989. FM 371, 623-626.

En sentido opuesto, RP *Bilbeny Polonio*, CAp. Stgo. 19.2.1990 (cons. 2-3) CS 14.3.1990. GJ 118 (1990) 92-94.

²¹Con respecto a los actos estatales extra-administración, a Contraloría no le compete efectuar examen de legalidad alguno a los textos de ley en trámite, del cual pudiere derivar

“los decretos y resoluciones” (arts. 88 y 82 N°6). Más específicamente aún, la ley de Contraloría alude sólo a “los decretos supremos y a las resoluciones de los Jefes de Servicios” (arts. 1° y 10).

Ha sido la propia Contraloría quien ha señalado que la voz “decreto supremo” individualiza los actos formales que emanan del Primer Mandatario o de un Ministro por orden de él, en tanto que “resolución” es sinónimo de orden formal emanada de un Jefe de Servicio. El dictamen 2.886 de 1969 agrega que “con todo, esas órdenes pueden ser de diversa clase y naturaleza, según cuales sean, a su vez, las potestades que asisten a una Jefatura. Así, si son órdenes que contienen mandatos de general aplicación, serán «resoluciones reglamentarias»; si encierran un imperativo de particular aplicación «simples resoluciones». Concluye diciendo que “cuando el artículo 1° de la ley N° 10.336, somete al trámite de toma de razón a «los decretos supremos y —a— las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General», está sujetando a ese estudio y análisis de constitucionalidad y legalidad, sin distinguir, a todos los decretos supremos y a todos las resoluciones reglamentarias o simples”²².

representación de presunta legalidad de la misma (*dictámenes* 18.887 de 1983 y 15.491 de 1984) y, de la misma manera, sus pronunciamientos no pueden alcanzar los actos del Congreso (*dictamen* 19.016 de 1990).

En cuanto a los actos administrativos de los tribunales o a los actos de la Administración fundados en resoluciones judiciales de aquella naturaleza, la Contraloría carece de competencia sobre la materia, de tal manera que si, con motivo del examen de una de estas decisiones se plantean dudas sobre la regularidad del procedimiento seguido, Contraloría se limita a suspender su tramitación, a fin de remitir los antecedentes a la Corte Suprema y solicitarle que en ejercicio de sus facultades exclusivas, se pronuncie sobre la materia (*dictámenes* 36.935 de 1957; 40.278 de 1969; 58 de 1972; 46.622 de 1980; 26.855 de 1982; 29.224 de 1985; 8.865 y 24.474 de 1986, y 32.738 de 1987).

Sobre obligatoriedad de las sentencias judiciales para la Administración, aunque sólo respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren: *dictámenes* 25.287 de 1970; 58 de 1972; 32.738 de 1987; 30.469 de 1989, entre otros, y RP *Galiano Haensch*, CS 12.9.1988. RDJ t.85 (1988) 2.5, 232-237.

Vale recordar que, a juicio de la jurisprudencia administrativa, la sola interposición de reclamos judiciales en contra de una decisión administrativa, no pueden paralizar su tramitación ni su cumplimiento, pero como le asiste tanto a la Administración como a Contraloría “el deber inexcusable de respetar íntegramente las resoluciones judiciales”, cuando los jueces han dispuesto una medida específica, la Contraloría debe abstenerse de dar curso a un acto administrativo que establece lo contrario (*dictamen* 39.671 de 1972), o cuando han decretado una orden de no innovar (*dictamen* 3.401 de 1990).

²²El *dictamen* 18.449 de 1984 dispone que “la voluntad de los órganos de la Administración se manifiesta mediante actos administrativos (decretos o resoluciones) dictados por las autoridades competentes, revestidos de las formalidades que exija la normativa aplicable en

Por ende, quedan desde luego excluidos del control por su toma de razón los actos administrativos que estén contenidos en otro tipo de documentos, como p. ej. las "instrucciones" presidenciales o de los jefes de servicio²³, toda vez que se trata de actos internos de la Administración que no innovan en el ordenamiento jurídico, creando, modificando o extinguiendo, bajo las fuentes de superior valor legal, derecho objetivo o subjetivo, esto es que no implican una relación o una situación jurídica nueva (*dictámenes* 2.886 de 1969 y 1.813 de 1990). Tampoco es procedente esta vía de fiscalización respecto a las "órdenes ministeriales" (*dictamen* 61.017 de 1961), ni se extiende a los simples "oficios" (*dictámenes* 5.210 de 1963; 29.525 de 1977 y 11.669 de 1984), ni a las "solicitudes" presentadas por un particular ante un Servicio Público (*dictamen* 33.006 de 1984).

3) Precisado lo anterior, es dable resaltar que, en rigor, tampoco quedan afectos a esta fiscalización preventiva *todos* los decretos supremos y resoluciones expeditas por la Administración. Aunque su toma de razón es la regla general, únicamente están afectos a este trámite aquellos que "en conformidad a la ley" deben examinarse por la Contraloría, según lo dispone el art. 88 CP.

Ahora bien, en correspondencia con la parte final del inc. 1º del art. 87 y con el inc. 4 del art. 88 CP, esa ley a que se refiere el constituyente tiene que ser una "*ley orgánica constitucional*", o sea de aquellas que requieren para su aprobación, modificación o derogación, de las 4/7 partes de los diputados y

cada caso". Precisa el *dictamen* 33.006 de 1984, trayendo a colación los oficios 72.197 de 1968, 39.505 de 1971, 19.920 de 1972 y 18.449 de 1984, que "el ejercicio de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste asimismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dichos instrumentos, tales como la indicación en su texto de las normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada, la manifestación de voluntad de la autoridad respectiva que resuelve sobre la materia y ordena los trámites posteriores que correspondan, como ser su toma de razón, notificación, comunicación o publicación, según proceda y, finalmente, la firma del funcionario facultado para ello que ha dictado el acto administrativo de que se trata".

²³Las "instrucciones"—actos internos y casi siempre de carácter técnico, para orientar a los funcionarios públicos—aparecen expresamente consignadas en los arts. 32 N° 8 y 100 CP, respecto al Presidente de la República, y en el art. 58 letra c) de la ley 18.834, Estatuto Administrativo, para todas las autoridades y jefaturas, aunque para dictarlas no se requiere de atribuciones expresas puesto que se desprenden de la potestad jerárquica (*dictamen* 74.554 de 1977).

senadores en ejercicio (art. 63 inc. 2 CP.), a más de tener que someterse a revisión previa de constitucionalidad (art. 82 N° 1 CP). Así, por lo demás, ya lo ha resuelto explícitamente el propio Tribunal Constitucional en *sentencia* de 9.1.1989, sentando la doctrina de que la ley que exime del trámite de toma de razón por la Contraloría General a determinados decretos, tiene rango orgánico constitucional²⁴.

La Carta Fundamental, entonces, encomienda a leyes orgánicas constitucionales la misión de determinar cuáles decretos y resoluciones están sujetos a toma de razón y cuáles quedan exentos de ella, pero en este último evento en armonía con el principio general que arranca de su art. 87, y que consagra el control jurídico preventivo sobre los actos de la Administración. Vale decir, una o más leyes de ese rango no pueden desnaturalizar la Constitución, transformando en excepción lo que ella dice es regla general.

Como hemos visto, esta regla general aparece plenamente corroborada por la ley 10.336 —de rango orgánico constitucional en virtud de lo establecido por la disposición 5ª transitoria de la Constitución— al someter a toma de razón a los decretos supremos y a las resoluciones de los jefes de Servicios (arts. 1 y 10).

Asimismo, las excepciones (exenciones de toma de razón) habrán de disponerse ley orgánica constitucional mediante, e interpretarse restrictivamente, conforme al principio de signo contrario que fluye de la citada disposición constitucional.

Por lo anterior, es posible avanzar dos consecuencias importantes:

a) como el art. 61 inc. 3 CP no permite que por medio de DFL se comprendan facultades que afecten a la organización y atribuciones de Contraloría, ello impide que, en el ejercicio de potestades legislativas delegadas, se dicten normas que afecten o restrinjan sus atribuciones, como cuando se decreta que ciertos actos de la Administración estarán eximidos de toma de razón. La propia Contraloría ha representado varios DFL que venían disponiendo esta dispensa improcedente (dictámenes 57.567 de 1979; 41.733 de 1981; 4.670, 5.766, 7.534, 10.067, 15.320 y 15.840 de 1982, y 12.855 y 19.202 de 1983), y

²⁴En RDJ t. 86 (1989) 2.6. 7-8 (cons. 4). El mismo pronunciamiento ha recaído a propósito de las leyes 18.782 (16.1.89), 18.834 art. 14 (12.9.89) y 18.974 (5.3.90).

Hay leyes que eximen de toma de razón a actos que jamás han estado afectos a esta exigencia. La ley 18.695 (art. 44) al liberar de este examen a las "resoluciones" municipales, comprende también a las "instrucciones" (art. 10), conceptuadas como directivas impartidas a los subalternos. La ley constitucional de las FF.AA. N° 18.948 (art. 48) permite a los Comandantes en Jefe delegar "por orden de comando" o resolución reservada, sujetos a toma de razón parte de sus atribuciones institucionales en otras autoridades castrenses. Estas "órdenes de comando" no están afectas a dicho trámite, según la CP.

b) no corresponde tampoco establecer o disponer, mediante simples decretos del Ejecutivo, que ciertos actos administrativos que se dictaren estarán afectos o liberados de toma de razón, por escapar a sus atribuciones, ya que la exigibilidad de este trámite es materia de ley, tanto porque así lo dispone el inc. 1º del art. 88 como por lo que prescribe el art. 60 Nº 18 CP (dictámenes 14.948 de 1960; 46.538 de 1965; 62.711 de 1968; 41.562 de 1981; 38.690 de 1982; 1.975 de 1983; 27.911 y 29.877 de 1984, y 18.139 y 19.046 de 1986).

4) Las exenciones. Han sido leyes de aquél rango las que han dispuesto exenciones a la toma de razón, v. gr. la ley 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, art. 44, al decir que “las resoluciones que dicten las municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón”. Otros casos se dan en las leyes 18.778 (art. 9), 18.611 (arts. 1 y 7), 18.605 (art. 34), y los ejemplos más antiguos de la ley 17.564 (arts. 10 y 22).

Todas estas exenciones recaen sobre actos administrativos específicos y puntuales.

Pero no debe olvidarse que la misma ley 10.336, en su art. 10 inc. 5, faculta al Contralor para “eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de 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 supremos firmados «por orden del Presidente de la República». Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y dejada sin efecto por el Contralor, de oficio o a petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad”²⁵.

Añade el inc. 6º que “La resolución del Contralor deberá ser fundada y en ella se fijarán las modalidades por las cuales se fiscalice la legalidad de dichos decretos o resoluciones y, además, deberá dar cuenta a la Cámara de Diputados, cada vez que haga uso de esta facultad, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39º, atribución 1ª, letra c), de la Constitución Política de Estado”. Esta última referencia, debe entenderse hecha hoy al art. 48, atribución 2ª letra c) de la CP de 1980, sobre la posibilidad de la Cámara Fiscalizadora para iniciar un “juicio político” al Contralor General “por notable abandono de sus deberes”.

²⁵Nótese las atribuciones del Presidente de la República a este respecto: por una parte, delegando la firma de algunos decretos (con arreglo a los arts. 35 inc. 2 CP y 2º de la ley 16.436, p. ej.) puede extender el ámbito de la exención y, por la otra, puede en cualquier instante pedirle al Contralor que la deje sin efecto.

Como se observa, la ley confiere —al menos en este punto— una atribución discrecional para eximir de toma de razón a los actos que el Contralor no considere “esenciales”. Lógicamente, se trata de una discrecionalidad que no puede conducir a la arbitrariedad, desde el instante en que se le exige una resolución “fundada” para su ejercicio; ni puede tampoco importar una ilegalidad, vale decir no puede recaer sobre actos en que la ley consulta expresamente que están afectos a toma de razón, como ocurre con los actos de vigencia inmediata, que se sustraen por ello de esa discrecionalidad liberatoria (*dictamen* 52.432 de 1970).

Tampoco puede hacerse tan extensiva esta dispensa como para significar un “notable abandono de sus deberes”, so pena de comprometer la responsabilidad del propio Contralor.

Sobre la base de esta atribución, el Contralor ha dictado resoluciones especiales y otras generales.

Ejemplos de las primeras son la Resolución N° 449 de 1971 —que eximió algunos nombramientos en la Asistencia Pública de Santiago y en servicios hospitalarios de urgencia— y la Resolución N° 23 de 1972 —sobre contrataciones de personal en la Corvi y otra entidades específicamente enumeradas.

No obstante, sus resoluciones generales de exención han resultado polémicas.

En efecto, contrariamente a lo que podría decirse con las resoluciones N° 51 de 1962 y N° 485 de 1964, a contar del año 1968 con resolución N° 635 —pasando por las resoluciones N° 522 de 1970 y N° 1.050 de 1980 y hasta el día de hoy con la vigente N° 55, de 1992— se ha sostenido que “el sistema previsto en la ley se ha trastocado pues en lugar de determinarse por resolución del Contralor las materias no esenciales, se ha seguido la vía de señalar las esenciales (esto es las que deben seguir el trámite de toma de razón) con lo cual son tomadas de razón sólo los actos que en dicho listado aparecen”, en palabras del profesor Soto Kloss²⁶.

De seguir esta fuerte crítica, en realidad habría que concluir que el Contralor, al indicar taxativamente en una nómina los decretos y resoluciones afectos a este trámite, como hoy se hace, y no al revés, estaría no sólo desnaturalizando la

²⁶En *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia* Ed. Jurídica (Stgo) 1ª ed. (1982) 395 (nota 68). La misma crítica en *La exención de toma de razón de los actos de la Administración y el principio de la legalidad administrativa*, Gaceta Jurídica 7 (1977) 21-23. En *La toma de razón* cit. dice que estas resoluciones de Contraloría “trastocan de manera fundamental el sistema previsto por la LOGR, pues en lugar de determinar las materias exentas —dado que el sistema general previsto es la toma de razón— determinaron las materias no exentas, de lo cual se ha seguido que que el sistema hoy imperante es en general la no toma de razón, salvo que expresamente y de modo taxativo (la Resolución del Contralor) la señale como afecta a la toma de razón” (págs. 172-173).

ley orgánica que lo rije, sino que a la propia Constitución, que establece —como norma general y no de excepción— esta fiscalización a priori en la juridicidad del actuar administrativo.

Fueron, sin embargo, otras imputaciones las que la llevaron a emitir, en 1984, su declaración pública *La Contraloría General de la República y la Fiscalización*, donde tuvo ocasión de argumentar que “el sistema de exención de toma de razón no es un mecanismo de creación reciente ni tampoco constituye un medio destinado a permitir la violación del ordenamiento jurídico básico, como hay quienes lo han sostenido con ligereza. Desde luego, la modalidad en aplicación de exención de la toma de razón que actualmente se emplea se adoptó a contar del año 1970, y su único fin ha sido el de facilitar y simplificar la aplicación de la norma contenida en el artículo 10º de la ley Nº 10.336, en cuanto posibilita la exención de toma de razón de decretos y resoluciones que no inciden en materias esenciales”.

Agregaba que “Mediante este sistema, que ha estado vigente desde el referido año 1970, se puso fin a los larguísimos listados que contenían, detalladamente, todas las materias declaradas exentas, lo que por su gran extensión, complejidad y diversidad se hacían cada vez más inmanejables, dando lugar a la comisión de múltiples errores y produciéndose un resultado contraproducente. En cambio, el sistema en aplicación terminó con esos problemas sin alterar ni afectar en lo más mínimo la competencia del Órgano Contralor, sino que, por el contrario, se facilita notablemente el ejercicio de la función de toma de razón de los decretos y resoluciones”.

Y concluía diciendo que: “Un examen de las resoluciones dictadas por el Contralor General permite demostrar que han quedado exentos de toma de razón aquellos documentos que, dentro del contexto de la ley y de la complejidad de la administración moderna, no requieren del referido trámite. Por otra parte, es necesario destacar que los decretos y resoluciones exentos quedan en todo caso sometidos a control a posteriori por la vía del registro, de las acciones inspectivas o de auditoría”²⁷.

²⁷*El Mercurio* (Stgo) 4.3.1984. El argumento historicista de Contraloría, al decir que viene aplicando esta mecánica desde 1970, no es del todo válido, frente a la enorme disminución del aparato estatal en las décadas del 70 y del 80. Como dice una editorial del propio *El Mercurio* (10.5.1990, A3), sólo en épocas con un enorme tamaño del Estado “la burocracia controlada engendra burocracia contralora”.

Sí puede ser válida, en cambio, la referencia que hace a “la complejidad de la administración moderna”, porque si bien la Contraloría no está llamada a cursar solamente actos “de fácil despacho” o “de mero trámite”, aquella simple comprobación empírica aconseja — junto con las impostergables adecuaciones de su personal— resoluciones liberatorias como las expedidas hasta ahora, pero respaldadas por un texto legislativo distinto al actualmente vigente.

Empero, fuera ya de la polémica, es lo cierto que si bien esta exención significa una alteración del procedimiento normal para la elaboración de los decretos y resoluciones —puesto que se traduce en actos administrativos que nacen a la vida jurídica desprovistos de control preventivo de juridicidad— no implica para nada que tales actos queden también eximidos de toda fiscalización contralora. La exención lo es específicamente al trámite de toma de razón y no a todo control o revisión por parte de la Contraloría.

En efecto, la misma Res. 55, en su Párrafo V, consulta "*Controles de Reemplazo*", y señala que los actos exentos deben quedar a disposición de Contraloría para su "ulterior examen" (art. 7). Precisa, además, que "La exención de toma de razón será sin perjuicio del cumplimiento de otras medidas de control que disponga el Contralor General, en el ejercicio de sus atribuciones, con el objeto de asegurar la legalidad de los actos de la Administración y hacer efectivas las responsabilidades que procedan" (art. 8). Se trata generalmente de controles a posteriori de carácter selectivo, que efectúa Contraloría por medio de inspecciones o auditorías dispuestas de oficio, o bien a solicitud de un funcionario o de un particular afectados por la decisión. Estos controles de reemplazo pueden culminar en juicios de cuentas, investigaciones o sumarios, etc.

De la misma manera, otro medio de fiscalización que se reserva Contraloría es la emisión de *dictámenes*, al amparo de la atribuciones generales que en tal sentido le acuerdan los arts. 6, 9 y 19 de su ley orgánica, o porque lo reiteran así otras normas especiales, como la ley 18.695, que junto con liberar de toma de razón a las resoluciones municipales, salva expresamente esta otra modalidad fiscalizadora, al disponer que "En el ejercicio de sus funciones de control de legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control" (art. 43).

Existe duda en cuanto a si el Registro es una oportunidad válida y admisible para fiscalizar actos administrativos exentos, y aún para devolverlos sin tramitar si no se ajustan a derecho. Como se recordará, el registro es un trámite que consiste en dejar constancia en la Contraloría de los decretos y resoluciones concernientes al personal y a los bienes fiscales.

Pues bien, en su *dictamen* 72.293 de 1977, por ej., Contraloría había sostenido que si en el registro de los decretos alcaldicios —exentos del trámite de toma de razón— "se verifica alguna irregularidad de fondo, debe, mediante simple oficio de alcance, practicar la observación correspondiente, la que se archivará para luego hacerla efectiva en el reparo que resulte del respectivo examen de cuentas". A su vez, el *dictamen* 26.014 de 1985 establece que "el acto exento no obsta a que Contraloría, en uso de sus facultades, pueda en *cualquier momento* examinarlo y

determinar su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico vigente”, (también *dictámenes* 17.350, 17.358 y 17.382 de 1987) y una oportunidad propicia para ello es también durante su registro, como lo reconoce el referido documento *La Contraloría General de la República y la Fiscalización*.

El problema no es si Contraloría puede o no fiscalizar jurídicamente durante el registro, pues la afirmativa está fuera de toda duda, sino que si puede o no imprimirle los efectos impeditivos o paralizantes propios de un acto de representación, devolviendo “sin tramitar” la decisión administrativa por presentar irregularidades constitucionales o legales, que van más allá de las que debe evitar en la fase del registro.

En su *dictamen* 31.399 de 1988, sostuvo que —por ejemplo— el registro no constituye un trámite al cual se encuentra subordinada la eficacia de los decretos alcaldicios, los cuales producen sus efectos desde que han sido notificados a los interesados.

Un interesante caso al respecto es el recurso de protección *Ingeniería y Construcciones Civium Ltda.*, adjudicataria de obras para la Municipalidad de Freire y cuyas resoluciones aprobatorias exentas fueron objetadas por Contraloría en la etapa de registro, devolviéndolas sin tramitar por supuestos vicios de índole jurídico (el presupuesto detallado que debía presentar la empresa no iba en original, como decían las bases de los contratos, sino fotocopiado). La sentencia judicial declaró que una resolución exenta no podía ser rechazada por Contraloría durante su registro; tal reemplazo en el control implica una “arbitrariedad”, que atenta contra el “derecho a un justo y racional procedimiento”, al haber efectuado Contraloría una discriminación en el trato que debía dar a la situación específica y concreta de la empresa, a la luz de sus propias disposiciones genéricas contenidas en la Resolución 1.050. Si en todos los casos, resoluciones municipales semejantes estaban efectivamente exentas, no podía —en esta única ocasión— someter una de ellas a control preventivo con afectos impeditivos²⁸.

5) En síntesis:

a) la Contraloría realiza un control jurídico por medio de la toma de razón sobre “los actos de la Administración”, y que se extiende a los actos administrativos y a los actos de naturaleza legislativa librados por el Presidente de la República;

²⁸CAp. Temuco 15.12.1987, CS. 26.1.1988. RDJ. t. 85 (1989) 2.5, 67-72.

b) no obstante, para que queden sujetos a dicho trámite, tales actos deben formalizarse en “decretos y resoluciones” de la Administración activa o del Presidente de la República, y

c) lo estarán sólo en la medida que una ley orgánica constitucional no los exima de ese control, ya sea directamente, ya sea facultando al propio Contralor para que lo haga mediante resoluciones. Estas exenciones no afectan otras modalidades de control a posteriori que puedan adoptarse por la Contraloría General.

III. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA TOMA DE RAZÓN

El acto de toma de razón que recae sobre un decreto o resolución, produce ciertas consecuencias o efectos, que es necesario pormenorizar

1) *La toma de razón constituye el cumplimiento de uno de los trámites dentro del procedimiento de elaboración de los actos administrativos.*

1.1) *Regla general.* Ya hemos visto que “los decretos y resoluciones sólo pueden ser puestos en vigencia una vez íntegramente tramitados, y entre estos trámites, se encuentra, además de la publicación y/o notificación de ellos, según proceda la toma de razón por la Contraloría General” (*dictamen* 45.675 de 1973) y que “no tienen validez jurídica alguna antes de que se cumpla la mencionada exigencia” (*dictamen* 28.490 de 1981). Esto significa que los actos administrativos van a “nacer” a la vida del derecho, incorporándose como tales al ordenamiento jurídico, únicamente después que hayan cumplido íntegramente con todos los pasos, fases o etapas que componen su proceso de “gestación”. Antes de haber observado en forma completa estas exigencias, sólo podemos hablar —en verdad— de “proyectos” de actos, razón por la cual no son aptos todavía para cumplirse o llevarse a efecto.

La última etapa de ese procedimiento está constituida por la “publicidad” (notificación o publicación) que debe darse el acto así gestado, y sólo una vez satisfecha esta condición final podemos decir que la tramitación del acto está concluida o totalmente afinada. La toma de razón, pues, a pesar de ser un trámite fundamental, no es la fase última ni habilita por sí sola para dar cumplimiento de inmediato a la decisión así cursada, ya que para ello ocurra es necesario que la Administración autora de esa determinación le de la debida publicidad.

Por otra parte, hay que precisar que no obstante que la Contraloría “haya tomado razón de un decreto o de una resolución que contiene ese proyecto de acto —que sin ser tomado razón no llegará jamás a ser un acto administrativo— muy bien puede suceder que no llegue nunca a ser propiamente un acto administrativo pues la Administración, que tiene el dominio de ese proyecto aun si tomado razón, puede

decidir no notificarlo ni publicarlo (según el caso), y retractarse de la decisión, simplemente retirándola y ordenando su archivo”²⁹, sin perjuicio —claro está— de las responsabilidades que pueda originar tal omisión, principalmente a la luz de lo preceptuado en los arts. 8 y 44 de la ley 18.575.

Ahora bien, como un acto administrativo no puede “anticipar” su vigencia a una época anterior a la de su total tramitación (dictámenes 62.283 de 1970, 45.675 de 1973 y 2.195 de 1979), la jurisprudencia contralora ha concluido que resulta improcedente que un acto administrativo rija desde la fecha de la respectiva toma de razón (*dictamen* 29.416 de 1982), puesto que la simple toma de razón de un decreto no puede afinar su tramitación, requiriéndose para ello la indispensable notificación (*dictamen* 54.167 de 1967). Además, y en razón del principio del orden consecutivo legal lógico que debe orientar todo procedimiento administrativo, se ha precisado que no procede la notificación de un acto antes de su toma de razón (*dictamen* 7.899 de 1977), ni se puede disponer, en decretos, que su vigencia será a contar de su publicación en el diario oficial antes de su toma de razón (*dictamen* 19.063 de 1973).

1.2) *Excepciones.*— la regla general anotada, en cuanto a que los actos administrativos no rigen desde su toma de razón sino desde que se les da publicidad, reconoce a lo menos dos excepciones, cuyo es el caso (a) de las decisiones que afinan un procedimiento disciplinario y que disponen la aplicación de una sanción administrativa, y (b) de aquellos actos de ejecución o aplicación inmediata.

En ambos casos, la fase de control es la última.

a) En efecto, en lo pertinente a aquellos actos que ponen término a una investigación o sumario administrativo, incoado en contra de un funcionario público por infracción a sus deberes estatutarios y que vienen aplicándole una medida disciplinaria, la opinión invariable de Contraloría —*dictámenes* 10.754 de 1966; 34.667 de 1982; 12.841 y 16.721 de 1983, y 16.224 de 1984— es que tanto *la notificación de la sanción* como los recursos que procedan en su contra, deben producirse y quedar resueltos *con anterioridad* al pronunciamiento que emite ese

²⁹E. Soto Kloss, *El Recurso de Protección* cit., 385.

Y bien, el acto administrativo va a comenzar a generar sus efectos a contar del momento de su publicidad, excepción hecha a los actos de vigencia diferida y a los de vigencia retroactiva (en los casos en que ésta sea jurídicamente procedente). Según *dictamen* 34.644 de 1978, tratándose de decretos supremos de sanción, la pena que en ellos se dispone no puede aplicarse hasta que se encuentre “ejecutoriada”.

Sobre la materia, vid. E. Soto Kloss, *La publicidad de los actos administrativos en el derecho chileno*, Rev. de Derecho (U. Católica de Valparaíso) X (1986) 473-498. Sobre alcance de Contraloría no notificado al afectado, RP *Briones Toledo* Cap. Stgo. 9.9.1987, CS 30.9.1987. RDJ t. 84 (1987) 2.5, 241-244.

Organismo de Control por la vía del trámite de toma de razón, cuya extensión y alcance —muy amplio en este caso— se ha resumido en *dictamen* 1.596 de 1976.

b) Tratándose de actos de aplicación inmediata, vulgarmente conocidos como decretos o resoluciones “de urgencia”, y cuando expresamente lo consiente así una ley de rango orgánico constitucional, la medida que ellos disponen empieza a regir de manera inmediata, una vez publicado en el Diario Oficial o notificados, antes de que se examine su legalidad por la Contraloría General.

Así, por ej., lo dispone la ley 18.782, respecto a las resoluciones del SAG encaminadas a combatir o prevenir plagas o enfermedades.

La misma ley 10.336, art. 10, en sus incs. 9 y 10, consulta algunas excepciones en este sentido (fijación de tarifas o precios; en materia de cambios internacionales, y las suplencias en Servicios de urgencia y hospitalarios, en la enseñanza pública y en las oficinas unipersonales). Tales medidas pueden ejecutarse aún antes de su toma de razón, debiendo ser enviadas a la Contraloría dentro de los 30 días siguientes a su adopción.

El art. 10 inc. 11^o previene que, en estos casos, si en definitiva Contraloría no da curso al acto, puede perseguir la responsabilidad administrativa del Jefe que lo dictó, o pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la República y de la Cámara de Diputados cuando se trate de un decreto supremo, sin perjuicio de las demás responsabilidades que fueren pertinentes y de la facultad para insistir.

Una disposición similar contempla el art. 14 del Estatuto Administrativo (ley 18.834), respecto a los nombramientos de funcionarios públicos, y que hace que la asunción inmediata ya no constituya una figura de excepción, sino que ha pasado a transformarse en la regla general y de común aplicación. Este precepto, después de indicar que el nombramiento regirá desde la fecha indicada en el respectivo decreto o resolución o desde cuando éste quede totalmente tramitado por la Contraloría (inc.1), agrega que si se ordenare la asunción de funciones en una fecha anterior a su total tramitación, el interesado deberá hacerlo en la oportunidad que señale el decreto o la resolución, pero una vez producida esa asunción, dicho decreto o resolución “no podrá ser retirado de tramitación” ante la Contraloría. “Si este organismo observare el decreto o resolución —añade el inc. 2— esta determinación será comunicada al interesado, quien deberá cesar en sus funciones” y que “Las actuaciones del interesado efectuadas durante ese período serán válidas y darán derecho a la remuneración que corresponda”³⁰.

³⁰Se dice que por carecer de “investidura regular previa”, según el art. 7 CP, las actuaciones de este “funcionario de hecho” serían inconstitucionales y no podrían ser convalidadas por una ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional nada adujo al respecto (sentencia de 12.9.1989).

Por último, en cuanto a estos decretos o resoluciones de urgencia, es menester tener en consideración que no solamente no pueden ser retirados una vez aplicados e ingresados a la Contraloría para completar su tramitación, sino que tampoco es procedente derogarlos con anterioridad a su toma de razón, pues sus efectos ya han comenzado a producirse retroactivamente (*dictámenes* 45.514 de 1970 y 40.294 de 1973). Y si son devueltos sin tramitar por la Contraloría, en definitiva, deben ser dejados sin efecto o suspenderse su aplicación de inmediato, sin perjuicio de la facultad de la autoridad administrativa para insistir en su tramitación —cuando sea admisible tal vía—, o para subsanar los reparos formulados o para allegar nuevos antecedentes con igual premura, si desea mantenerlos legalmente en vigencia (*dictámenes* 53.041 de 1968, y 14.348 y 45.675 de 1973, entre otros).

Ahora, si uno de estos decretos es cursado a raíz de una insistencia presidencial, los *dictámenes* 70.482 de 1965 y 24.134 de 1973 han indicado que “ello significa que los efectos del mismo se han producido sin solución de continuidad desde su fecha de publicación en el Diario Oficial, ya que la insistencia tiene la virtud de convalidarlo en el tiempo en que han estado suspendidos”.

Y como la ley ha previsto explícitamente que ellos deben cumplir con el trámite de toma de razón, aunque en un orden distinto a como es de ordinario, puesto que al ser de “urgencia” se posterga su examen de juridicidad, quedan al margen de la posibilidad que el Contralor General los exima de esta exigencia (*dictamen* 52.432 de 1970).

2) Presunción de Legalidad

Decía el *dictamen* 1.589 de 1957 que “un decreto supremo legalmente tramitado tiene pleno valor y eficacia jurídica dentro de la Administración y debe, por tanto, ser cumplido y respetado por los funcionarios públicos, no siéndoles lícito excusarse de cumplirlo a pretexto de una supuesta ilegalidad del mismo, ya que *una vez que ha sido tramitado y tomado razón por Contraloría, se ha establecido una verdadera presunción de legalidad*” en su favor. Lo anterior, agregaba, no significa coartar la libertad de un funcionario para representar la ilegalidad de un decreto, a fin de que ella pueda ser reparada —en caso de existir— por quien corresponda.

La Contraloría, pues, y a pesar que las presunciones que dispensan de la carga de la prueba sólo pueden ser legales o judiciales (arts. 47 y 1.712 código civil), a través de su jurisprudencia administrativa, ha venido sosteniendo de manera uniforme que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad que les imprime su toma de razón (*dictámenes* 11.470 de 1960; 23.190 de 1961; 49.825 de 1964; 21.558 de 1965; 82.374 de 1966; 39.412 y 72.784 de 1968; 92.080 de 1971; 8.099 de 1973; 83.233 de 1974 y 11.191 de 1976, entre otros).

Y dicha presunción alcanzaría no solamente a los empleados o funcionarios de la Administración, sino también a los particulares. El *dictamen* 82.374 de 1966 sostuvo que “producida la toma de razón de un decreto o resolución, ese pronunciamiento adquiere plena eficacia, tanto para la Administración como para los administrados o personas a quienes afecta, conforme a la presunción de legitimidad que deriva de ese pronunciamiento”.

Más aún, no sólo estarían amparados con ella los actos cursados por Contraloría, vale decir aquellos que efectivamente han pasado por este examen preventivo de juridicidad, sino también los decretos o resoluciones de “urgencia” o aplicación inmediata, puesto que, como señala el *dictamen* 45.675 de 1973, la medida adoptada bajo esa modalidad “goza de presunción de legalidad desde el momento en que es puesta en vigencia y hasta el cumplimiento del trámite de toma de razón”.

Sin embargo, Contraloría reconoce la “precariedad” de esa presunción. El *dictamen* 92.080 de 1971 precisaba que, “como tal presunción, no impide que dichos actos puedan ser invalidados si se comprueba más tarde que tenía defectos de ilegalidad o que se habían fundado en presupuestos irregulares” (con infracción a las normas legales y reglamentarias o por descansar en antecedentes de hecho falsos o erróneos), y que esa invalidación debe emanar o ser dispuesta por la misma autoridad administrativa que aprobó la determinación contraria a derecho. En igual sentido, *dictámenes* 12.023 de 1972; 65.403 de 1976; 21.464 de 1981; 18.959 de 1986; 32.738 de 1987 y 17.799 de 1990, a vía ejemplar³¹.

En nuestra opinión, para ser admitida dicha presunción, deben concurrir los supuestos siguientes:

—sólo puede operar “dentro de” la Administración, esto es no alcanza a los tribunales, quienes en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales de control represivo pueden dejar sin efecto o sin aplicación actos cursados por la Contraloría, ya que únicamente las sentencias ejecutoriadas son la última palabra en materia de derecho³², ni alcanza tampoco a los particulares que no se sientan conformes con la

³¹De todas formas, esta presunción es relativa, o sea recae solamente sobre el decreto o resolución precisamente tomado razón, y no se extiende a otras decisiones administrativas semejantes que se dicten en el futuro. En efecto, según Contraloría (*dictámenes* 65.723 de 1956 y 32.738 de 1987), sucesivos actos de toma de razón no constituyen, por sí solos, “jurisprudencia tácita”, que puedan alterar un criterio asentado sobre determinado asunto por medio de *dictámenes* formales.

³²Sin perjuicio que, en algunos casos, los jueces —a mayor abundamiento— recurran a esta presunción para afirmar sus propias y soberanas decisiones, de estimar conformes ciertos decretos o resoluciones impugnados ante ellos. Vid., *RP Bolsa de Comercio de Santiago, CAP.*

decisión cursada, ya que éstos pueden reclamar contra el acto administrativo mismo y/o contra el acto de toma de razón;

—sólo pueden gozar de esa presunción los actos administrativos tomados razón por la Contraloría, y no es dable —por ende— extenderla a los actos “exentos”, ni a los actos de “urgencia” durante el período que media entre su emisión y puesta en vigencia y su ingreso para trámite en la Contraloría;

—y no tampoco todos los actos tomados razón, si no únicamente los que lo han sido con el juicio favorable de Contraloría o del Tribunal Constitucional, ya que —al decir de Alessandri— “si se aceptare que el simple hecho de la toma de razón de un decreto le da carácter de constitucional o legal, llegaríamos al absurdo, inaceptable, de que un decreto inconstitucional o ilegal a juicio de la propia Contraloría, por la sola circunstancia de ser insistido por el Presidente de la República pasaría a ser constitucional o legal, puesto que en virtud de esa insistencia aquélla debe tomar razón de él”³³.

—y solamente puede configurar una presunción de legalidad stricto sensu, y no de constitucionalidad, ya que —según hemos visto— Contraloría rehusa fiscalizar este aspecto cuando el acto administrativo se ajusta a la ley, pero es esta ley la que infringe la Constitución;

—y por último, a lo más, sólo puede configurar una presunción de que el acto está conforme con la ley vigente al momento de su dictación —único que toma en cuenta Contraloría para darle curso regular— y no a la legalidad posterior a ese preciso instante.

3) *La toma de razón produce el desasimiento de la Contraloría.*

La doctrina y la jurisprudencia administrativa están de acuerdo en que, después de cursado un decreto o resolución, se produce el “desasimiento” para la Contraloría, tanto (a) con respecto a ese acto unilateral suyo que es la toma de razón misma, como (b) con respecto al acto administrativo unilateral sobre el cual recayó dicho pronunciamiento³⁴.

Stgo. 7.10.1981 (cons 9) rol 78-81; RP *Almazabar Ortiz*, CAp. Stgo. 27.6.1985 (cons. 4) GJ 72 (1986) 54-56, y RP *Bustos Contreras*, CAp. Stgo. 14.10.1985 (cons. 5) CS 7.11.1985, FM 324, 763-769.

³³En igual sentido, A. Alessandri R. —A. Santa María S., *Legalidad del decreto de requisición del uso y goce del Matadero municipal de Santiago*, RDJ t. 41 (1944) Iª parte Secc. Derecho, 140 y especialmente 138-144.

³⁴H. Caldera D., *Reflexiones en torno al alcance como una modalidad del trámite de toma de razón*, Anuario de Derecho Administrativo (U. de Chile) II (1978) 85; E. Soto Kloss, *El decreto de insistencia cit.*, 77 (nota 37) y *La toma de razón cit.*, 168 (nota 11).

De consiguiente, este desasimio o intangibilidad que le provoca a la propia Contraloría la toma de razón, se traduce en dos cosas bien concretas:

a) En primer lugar, significa que Contraloría carece de la disponibilidad de su propio acto, vale decir no puede ni retirar, ni dejar sin efecto, ni alterar o modificar su toma de razón, porque carece de competencia para ello. Como señala el dictamen 47.121 de 1959, “la oportunidad jurídica en la cual este Organismo Contralor puede y debe pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de un decreto, es al tomar razón de él, una vez totalmente tramitado no puede revocar su decisión”, vale decir la Contraloría no puede dejar sin efecto la toma de razón (*dictamen* 92.080 de 1971), puesto que implica un pronunciamiento que una vez producido no puede ser modificado, revocado o invalidado en razón de su particular naturaleza (*dictamen* 8.099 de 1973), por lo cual los decretos tomados razón deben ser cumplidos, sin que pueda revisarse el criterio que informó la toma de razón (*dictamen* 83.233 de 1974).

De otro modo, y de no admitirse esta inhibición, significaría consagrar que el acto administrativo no sólo se extingue de manera provocada por sentencia judicial ejecutoriada, por acto administrativo posterior de contrario imperio o por ley derogatoria sobreviniente —únicas causas de esta índole que prevé nuestro ordenamiento jurídico— sino que también por la retractación del Contralor, sin que se le hayan otorgado atribuciones explícitas para ello.

Es más, este desasimio se da aún en el evento de no haber mediado una decisión favorable de Contraloría sobre la juridicidad del acto cursado por ella. Como hemos visto, el juicio afirmativo de la Contraloría no es lo imprescindible; lo esencial es que tome razón del acto, y ello es así porque ese Organismo Fiscalizador puede verse obligado a cursar una decisión administrativa, aunque considere que es contraria a derecho, cuando se lo impone así un decreto de insistencia, o una sentencia del Tribunal Constitucional o un fallo judicial. Por ende, si se permitiera la revocación del acto contralor de toma de razón —sobre todo en estos casos en que ya hubo una opinión adversa del Contralor sobre la licitud de la decisión administrativa— podría ser este un medio indirecto, pero igualmente ilegítimo, para desconocer y burlar esos mecanismos constitucionales, establecidos precisamente para sobrepasar e imponerse sobre el parecer negativo de la Contraloría.

Y si ella cursó el acto con su opinión favorable por estimarlo ajustado a derecho, el desasimio está fundado en un principio elemental de coherencia: detrás de este impedimento de Contraloría para auto-revisar a posteriori su acto de toma de razón ya librado, y como telón de fondo, estará siempre presente la vieja doctrina del stoppel, que impide que alguien pueda ir válidamente contra sus propios actos, más allá de los casos previstos de antemano por el derecho (lo que acá no ocurre).

b) en segundo término, el desasimiento significa que una vez cursados los decretos o resoluciones, no es procedente que Contraloría efectúe una nueva revisión de los actos administrativos incorporados en esos documentos, esto es no puede hacer un examen posterior sobre su constitucionalidad o legalidad. El *dictamen* 10.654 de 1962 hacía notar la improcedencia de este “segundo juicio” sobre los actos ya cursados porque con ello se estaría “alterando la norma de que al oportunidad para pronunciarse sobre la legalidad de los decretos supremos es al momento de tomar razón de los mismos”, y en ese mismo orden de ideas están los *dictámenes* 11.470 de 1960; 82.374 de 1966; 39.412 y 72.784 de 1968; 92.080 de 1971 y 8.099 de 1973.

Pero lo anterior no debe interpretarse con un criterio excesivamente rígido, ya que Contraloría conserva sus atribuciones dictaminantes respecto a ese acto ya cursado, para los efectos de la correcta aplicación que debe darle a las leyes y reglamentos, según la ley 10.336, arts. 5, 6, 9 y 19. Fue, precisamente, esta última vía que tuvo para reconocer la precariedad de la aludida presunción de legalidad, de la cual queda premunida automáticamente la medida que ha sido tomada de razón: dictámenes posteriores —al ser destruida esa presunción por pruebas concluyentes en contrario (sobre todo cuando versan sobre la inexistencia de los hechos invocados por el acto)— obligan a la Administración a restablecer el ordenamiento jurídico que fuera quebrantado por su decisión ilegal, ejerciendo sus potestades invalidatorias³⁵.

³⁵En cuanto a que Contraloría no agota su potestad fiscalizadora respecto de un acto que ya había cumplido con el trámite de toma de razón, el *dictamen* 17.799 de 1990 insiste en que “si con posterioridad a él se comprueba que un decreto o resolución es ilegítimo o que descansa sobre presupuestos irregulares, aquella circunstancia no le inhibiría para hacer presente a la Administración Activa, su facultad y su obligación de invalidarlo, a fin de que se regularice el orden jurídico quebrantado por una medida contraria a derecho en virtud del principio de la legalidad de los actos administrativos” (sobre principio de la legalidad, fundamental es el *dictamen* 24.454 de 1973).