



Alicia De la Cruz Millar

Contraloría General
de la República:
¿Jurisdicción
contenciosa
administrativa?

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ¿JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA?

© Alicia De la Cruz Millar

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 301473

ISBN 978-956-9959-46-2

Primera edición, abril de 2019

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

AGRADECIMIENTOS

Tengo que agradecer a tanta gente que me tuvo paciencia mientras desarrollé la tesis doctoral que ahora publico. Desde mi familia, mis amigos, mis compañeros de doctorado y, por supuesto, a la gente de la Contraloría con quienes trabajé y a quienes siempre tengo presente, estimo y admiro por la seriedad con que enfrentan su trabajo, más allá de los vaivenes internos o externos que los puedan afectar.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
PRÓLOGO.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE: ÚNICA Y PODEROSA.....	7
1. IDEAS PRELIMINARES.....	9
2. LO QUE ES HOY.....	9
2.1. Una EFS sin parangón.....	12
2.2. El control de legalidad.....	14
A) <i>La toma de razón</i>	16
a. La doctrina.....	17
b. La jurisprudencia administrativa.....	20
B) <i>La potestad dictaminante</i>	21
a. Materias.....	22
b. No es facultativo.....	23
c. Imperatividad y validez.....	24
d. Una clasificación judicial.....	25
C) <i>Otros controles de legalidad</i>	30
3. EL NACIMIENTO DE UN PODER.....	31
3.1. Había que ordenar la casa.....	31
3.2. El autócrata fue más allá que el propio Kemmerer.....	35
3.3. Midiendo fuerzas con el Ejecutivo.....	38
A) <i>El presidencialismo se refuerza</i>	38
B) <i>La autonomía bien vale un contralor</i>	40
3.4. Se debilita la deferencia. Florece el nuevo poder.....	43
A) <i>Humberto Mewes</i>	43

a.	Los decretos de reanudación de faenas	45
b.	Las insistencias	47
c.	Otros casos	50
d.	La potestad dictaminante parte tímidamente	51
i.	Con sentido práctico	53
ii.	Consulta de particulares	54
3.5.	Los años sesenta	58
A)	<i>Enrique Silva Cimma</i>	58
a.	Invalidación y revisión de los hechos	58
b.	Efectos imperativos del dictamen, definiciones jurídico-administrativas y adjudicación	60
c.	Llega el contralor Humeres	62
3.6.	Los 70: tomando partido; desde el enfrentamiento hasta la captura	62
A)	<i>El enfrentamiento</i>	62
a.	Los mecanismos para intervenir	63
b.	La revisión de los hechos	64
c.	Las insistencias	67
4.	SE CONSOLIDA UN PODER	69
4.1.	La captura vestida de legalidad	69
A)	<i>Antes de la Constitución</i>	69
B)	<i>En la elaboración de la Constitución de 1980</i>	71
4.2.	Se definen los límites constitucionales	73
5.	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LO OBVIO	75

CAPÍTULO II. LA COMPLEJA NATURALEZA DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS QUE REALIZA LA CONTRALORÍA

1.	IDEAS PRELIMINARES	79
2.	CONSIDERACIONES NORMATIVAS	79
3.	CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS	83
4.	LAS CRÍTICAS A LA SOLUCIÓN CONTRALORA DE CONTROVERSIAS. ¿JURISDICCIÓN O ACTIVISMO CONTRALOR?	87
4.1.	Valoración de los hechos	89
4.2.	Garantías procedimentales	92
4.3.	Decisiones cuasi anulatorias	95
5.	JURISDICCIÓN: UN CONCEPTO COMPLEJO	97
5.1.	Los procesalistas	97
A)	<i>Jurisdicción/Administración. Diversas doctrinas</i>	99
a.	Subjetivas/objetivas	99

b. Ejecución.....	100
c. Garantías procedimentales.....	101
d. Cosa juzgada.....	101
e. Controversia.....	102
f. Quién decide.....	103
5.2. Los procesalistas administrativistas.....	105
A) <i>¿Especialidad e imparcialidad o independencia?</i>	105
a. Independencia respecto de la especialidad.....	111
b. Objeto o materia.....	112
6. JURISDICCIÓN: PODER Y LÍMITES DESDE LA ANTIGÜEDAD.....	116
6.1. Confusión en la doctrina.....	117
A) <i>La señal de los tiempos</i>	117
B) <i>Limitación sin separación de poderes</i>	121
6.2. Público/privado. Desde Roma.....	125
A) <i>“Iurisdictio” e “imperium”</i>	128
B) <i>Una revolución pacífica</i>	130
6.3. Redescubriendo y revalorando la Edad Media.....	131
A) <i>La constitución estamental: en la defensa de un orden jurídico dado</i>	132
B) <i>El Estado jurisdiccional: “gubernaculum” y “iurisdictio”</i>	135
C) <i>El paradigma comienza a cambiar</i>	140
6.4. La expresión española: contencioso y gubernativo.....	143
6.5. El Consejo como antecedente genético.....	146
A) <i>Orígenes</i>	146
B) <i>El Consejo de Castilla</i>	149
C) <i>El Consejo de Estado</i>	150
D) <i>La etapa constitucional</i>	150
E) <i>Función consultiva/función de control</i>	156
6.6. Otros Consejos de Estado.....	160
A) <i>El Consejo de Estado francés</i>	161
B) <i>El Consejo de Estado italiano</i>	163
6.7. La influencia en Chile.....	165
A) <i>La Real Audiencia</i>	165
B) <i>Otros órganos</i>	169
C) <i>La Contaduría Mayor</i>	170
D) <i>El Consejo de Estado chileno</i>	171
CAPÍTULO III. ESTALLAN LOS CONFLICTOS DE PODER.....	179
1. IDEAS PRELIMINARES.....	181
2. LA JUDICATURA SURGE DÉBILMENTE.....	182

2.1.	Desde la fortaleza de la Audiencia hasta la Constitución	182
2.2.	Los esfuerzos por lograr identidad	184
2.3.	La Corte cae del pedestal constitucional y se debilita	187
	<i>A) La Carta de 1833: una Constitución que conserva y confunde</i>	187
	<i>B) Una época oscura</i>	189
	<i>C) La Corte comienza a repuntar</i>	191
3.	EL NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE	193
3.1.	Desde el principio	194
	<i>A) La separación de poderes como argumento en sentidos opuestos</i>	196
	a. Separación para evitar la concentración	197
	b. Separación para evitar la intervención	199
	<i>B) Separación con o sin dependencia de la Corte</i>	202
3.2.	Buscando una regulación	204
	<i>A) Propuestas y proyectos legislativos</i>	204
	<i>B) La Constitución de 1980</i>	209
	a. En la Comisión Ortúzar	209
	b. La disposición y sus cambios	210
	c. La evolución	212
4.	POR QUÉ SE INCUMPLIÓ LA PROMESA. LA CONTRALORÍA SUPLIÓ LA AUSENCIA	214
4.1.	Las causas que no son	215
	<i>A) Aversión al control</i>	215
	<i>B) Problemas de financiamiento</i>	216
4.2.	Las causas más plausibles	216
	<i>A) Los desencuentros doctrinales</i>	216
	<i>B) Falta de consistencia en las decisiones judiciales</i>	218
	<i>C) La actuación de la Contraloría</i>	220
5.	EL DESPERTAR DE LA COMPETENCIA: CGR VS. CS	221
5.1.	1952 da inicio a las contiendas	221
	<i>A) Amplia discrecionalidad del Ejecutivo</i>	222
	<i>B) El juez de Indios de Victoria</i>	223
5.2.	La toma de razón vs. el recurso de protección	224
	<i>A) Ante la Junta de Gobierno</i>	226
	<i>B) 1993/1994</i>	227
	<i>C) 1998/1999. Con pretensión de generalizar</i>	229
	<i>D) El contralor ataca</i>	231
5.3.	Se rompe la tregua. La acción declarativa de mera certeza	231
	<i>A) Cubriendo todos los flancos</i>	232
	<i>B) Contienda de competencia ¿o de jurisdicción? Se suman protago-</i> <i>nistas</i>	235

C) <i>El acertijo en escalada</i>	238
D) <i>Pendientes nuevos contradictores</i>	241
5.4. La potestad dictaminante. Un conflicto más tardío	242
A) <i>Los límites</i>	244
B) <i>De a poco se precisa y mueve la frontera</i>	245
7. CGR: VARIOS ÓRGANOS A LA VEZ.....	248
7.1. CGR: Tribunal Constitucional.....	248
7.2. CGR: legislador.....	250
A) <i>EUNACOM</i>	250
B) <i>¿Interpretación auténtica de la Ley de Presupuesto?</i>	252
C) <i>Contratas: reforma al Estatuto</i>	254
D) <i>Una curiosidad</i>	257
7.3. CGR: superintendencia técnica	258
8. EL PODER JUDICIAL “GOLPEA LA MESA”	261
8.1. Llamados de atención.....	261
8.2. Enfrentamiento urbanístico	264
A) <i>Una advertencia</i>	264
B) <i>Declarado el conflicto</i>	265
C) <i>Un cambio de giro</i>	268
D) <i>¿Confianza técnica?</i>	270
8.3. La tributación de las Sociedades de inversión pasivas.....	271
8.4. ¿Función, órgano o garantías?	274
A) <i>La Corte</i>	275
B) <i>El TC</i>	277
CONCLUSIÓN.....	281
BIBLIOGRAFÍA	287

ABREVIATURAS

AFP	: Administradoras de Fondos de Pensiones
AFROSAI	: Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de África
ARABOSAI	: Organización Árabe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
ASOSAI	: Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Asia
C.E.	: P. 147
CAIGG	: Consejo de Auditoría General de Gobierno
CAPREDENA	: Caja de Previsión de la Defensa Nacional
CAROSAI	: Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores del Caribe
CAS	: Corte de Apelaciones de Santiago
CAV	: Corte de Apelaciones de Valparaíso
CENC	: Comisión de Estudios de la Nueva Constitución
CESO	: Centro de Estudios Socio-Económicos de la Universidad de Chile
CGR	: Contraloría General de la República
COCHILCO	: Comisión Chilena del Cobre
CODELCO	: Corporación del Cobre
comps.	: Compiladores
coord.	: coordinador
CPR	: Constitución Política de la República
CS	: Corte Suprema
D.F.L.	: Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	: Decreto Ley
D.O.	: Diario Oficial

D.S.	: Decreto Supremo
DGA	: Dirección General de Aguas
DGAC	: Dirección General de Aeronáutica Civil
DIRINCO	: Dirección de Industria y Comercio
DOM	: Dirección de Obras Municipales
Dto.	: Decreto
E.U.C.	: P. 166
ed. / eds.	: editor / editores
EFS	: Entidades de Fiscalización Superiores (o SAI)
EUNACOM	: Examen Único Nacional de Conocimientos de Medicina
EUROSAI	: Organización Europea de las Entidades Fiscalizadoras Superiores
H.	: Honorable
INAP	: PÁG. 141
inc.	: inciso
INDAP	: P. 225
INTOSAI	: Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores
LBPA	: p. 98
LOC	: Ley Orgánica Constitucional
LOCBGAE	: Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de Generales de la Administración del Estado
LOCGR	: Ley N° 10.336 Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OLACEFS	: Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
ONG	: Organización No Gubernamental.
PASAI	: Asociación de Entidades Fiscalizadoras Superiores del Pacífico
RAE	: Real Academia de la Lengua
RAP	: Revista de Derecho y Jurisprudencia
RCA	: P. 258
Res.	: Resolución
RGJ	: p. 233
RM	: Región Metropolitana
SAI	: p. 11

SCA	: Sentencia Corte de Apelaciones
SCAS	: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago
SCAV	: Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso
SCS	: Sentencia Corte Suprema
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SEREMI	: Secretaría Regional Ministerial
SERVIU	: Servicios de Vivienda y Urbanización
SP	: Superintendencia de Pensiones
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional
TdR	: toma de razón
trad.	: traducción
UNAM	: Universidad Nacional Autónoma de México
USA	: Estados Unidos de América
VV. AA.	: Varios autores

PRÓLOGO

¿Es la potestad de dictaminación de la Contraloría General de la República un sustituto de la jurisdicción contenciosa administrativa en el Derecho administrativo chileno? La pregunta tiene una gran vigencia en nuestro sistema institucional, porque de algún modo la dictaminación ha logrado caracterizar nuestro sistema de resolución de controversias en ámbitos tan diversos como el empleo público, el urbanismo, las telecomunicaciones, obras públicas o el medio ambiente.

Aunque no está de más recordarlo, la omisión legal de la regla constitucional de 1925 –que permitía la creación de tribunales contenciosos administrativos para impugnar los “actos de la autoridad”¹– generó incentivos para que bajo la vigencia de dicha Constitución se buscarán medios alternativos para ello. La literatura, desde hace un tiempo, había señalado que esta situación llevó esencialmente a dos cosas. Por un lado, a que los tribunales utilizaran las acciones ordinarias civiles para conocer indirectamente de estos asuntos, cuestión que sucedió pasada la década de los 60 del siglo pasado y que implicó que los asuntos de Derecho administrativo quedarán subrogados a algunas categorías de Derecho privado². Por el otro, la Contraloría utilizó herramientas legalmente reconocidas desde su creación –la toma de razón y la potestad de interpretar la ley mediante la dictaminación–, dos poderosos instrumentos para resolver, en los hechos,

1 Artículo 87.

2 Para la revisión de esa etapa, ver PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *La jurisdicción contenciosa administrativa* (Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001).

las controversias entre particulares y el Estado, pero también las que podían existir entre organismos administrativos³⁻⁴.

Como he señalado en otro momento⁵, esto le dio parte de su carácter al Derecho administrativo chileno y en buena parte explica como este pudo evolucionar en algunas instituciones elementales, a pesar de una baja densidad legal, que recién comenzó a ser corregida a partir del año 2003, una vez que se dictó la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo. A su vez, el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, especialmente en la última década, a pesar del sistema atomizado de acciones y recursos judiciales, así como la del Tribunal Constitucional, desde que le fueron entregadas las competencias para conocer de los recursos de inaplicabilidad, han terminado por configurar un sistema caótico que genera todo tipo de discusiones sobre las estrategias y diseño institucional para los litigios públicos⁶⁻⁷.

Pero a pesar de lo ya indicado por la literatura especializada, el trabajo de Alicia DE LA CRUZ, que tengo el honor de prologar, se adentra en los orígenes de esta situación. Como si fuera una crónica, construye detenidamente cada una de las partes de ese proceso. Por lo pronto, explicando por qué el diseño institucional de Contraloría como entidad superior de control que tenemos en nuestro país es único en el mundo, continuando en la que creo es la mejor explicación disponible en nuestra doctrina sobre la forma y modo en que el órgano de contralor construyó su poder bajo la Constitución de 1925 y la manera en que ese modelo se consolidó bajo la Constitu-

3 FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, desarrollo y legalidad. 1831-1973* (Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2011).

4 CORDERO, Luis, “Entre legislador positivo y el juez activista”. En *Anuario de Derecho Público 2010* (Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2011).

5 CORDERO, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª edición (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015): pp. 30-34, y recientemente expuesto en “El problema de identidad del Derecho Administrativo chileno”, en *El Mercurio Legal*, 27 de febrero de 2018, disponible en <<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/02/27/El-problema-de-identidad-del-Derecho-Administrativo-chileno.aspx>>.

6 GUERRA, Felipe. “Redundancia jurisdiccional como estrategia en ámbitos conflictivos del contencioso-administrativo en Chile”. En *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXX, N° 1 (junio, 2017).

7 TAPIA, Javier y CORDERO, Luis. “La Revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, *Revista de Estudios Públicos* N° 139 (2015).

ción de 1980. A continuación, su investigación explica cómo y por qué la Contraloría fue supliendo los vacíos de lo contencioso-administrativo, para luego analizar –como si fuera una historia paralela de nuestro Derecho administrativo de las últimas décadas– cada uno de los conflictos relevantes que se han manifestado, especialmente con el Congreso, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Durante el siglo XX, la Contraloría no solo experimentó un proceso de implementación de su potestad de control, sino que también se vio afectada por la evolución de la teoría legal⁸. No es de extrañar que, durante la primera mitad del siglo, su rol se concentrara en un estándar objetivo de control de los actos administrativos con referencia a la Constitución y la ley, dejando a los jueces el rol de la cuestión subjetiva (derechos). La progresiva subjetividad de la condición jurídica del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX, que evidentemente se trasladó a nuestra literatura, hizo que la Contraloría, ocupando el estándar de constitucionalidad y legalidad, comenzará a subjetivizar el control jurídico⁹ y, en consecuencia, la interpretación de la ley administrativa, legitimando su intervención no solo con un estándar de control objetivo y abstracto, sino también en la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas y así el debate sobre su rol jurisdiccional resulte relevante.

La Contraloría ha jugado un rol estabilizador en la Administración chilena, de eso no cabe duda. Sin embargo, la manera en que ha ejercido su potestad de dictaminación, más allá de sus resultados positivos, está sujeta a un conjunto de riesgos que colocan en entredicho un sistema democrático en que el Derecho es legislado y está sujeto a escrutinio. Esta institución ha desarrollado sus facultades en el marco de un conjunto de incentivos institucionales: la necesidad de disciplinar la Administración y la ausencia de un sistema de solución de controversias entre el Estado y los particulares, que es una deuda vergonzosa de nuestro sistema legal.

-
- 8 De la objetividad a la subjetividad. Para estas explicaciones, ver KELLY, J.M. *History of Western Legal Theory* (Oxford University Press, 2006): pp. 348-454; VAN CAENEGEM, R.C. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge University Press, 1996): pp. 244-295.
- 9 Sobre este aspecto, ver FERRADA BÓRQUEZ, J.C. “La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial”. En VV. AA. *La constitucionalización del Derecho chileno* (Editorial Jurídica de Chile, 2003): pp. 63 y ss.

Ocuparnos de una agenda de reforma en esta materia resulta indispensable. Los criterios de cómo se debe construir, los estándares que deben existir en esa revisión y la legitimación para recurrir, son parte esencial de los aportes de este libro.

La investigación de la profesora DE LA CRUZ es la más acabada en nuestro medio sobre el rol de la Contraloría en el sistema público de resolución de controversias y sienta las bases teóricas de la que resulta una reforma inevitable para el ente contralor o para la jurisdicción contenciosa administrativa, llevando, a quien lo lea, a una conclusión que pareciera ser única.

LUIS CORDERO VEGA
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile