

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y LOS DECRETOS DE URGENCIA*

ALVARO MECKLEBURG V.
Profesor de Derecho Administrativo

SUMARIO

I. Antecedentes previos. 2. Un poco de historia. 3. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES PREVIOS

Absolviendo una consulta del Jefe del Sector Postal del Servicio de Correos y Telégrafos de Concepción, sobre la vigencia de la resolución N° 680, de 1972, de la Dirección de Industria y Comercio, que dispusiera la requisición de la industria "Cementos Biobío, S. A.", el Contralor General de la República, señor Héctor Humeres, sostuvo, en su dictamen N° 14.348, de 21 de febrero de 1973, que al haber sido devuelta sin tramitar aquella resolución por la Contraloría General, ella había perdido validez y eficacia jurídica, que debería haber sido suspendida de inmediato en su aplicación, y que, al no hacerlo, el Director de Industria y Comercio y el Interventor incurrían en responsabilidad administrativa y podían, a la vez, incurrir en responsabilidades civiles y penales, según lo determinaran los Tribunales de Justicia.

Este dictamen del Organismo Contralor provocó una airada reacción del Ministro de Economía, señor Orlando Millas, quien instó al Contralor General a dejarlo sin efecto, acusándolo al mismo tiempo de enervar con ello la acción administrativa y de invadir atribuciones privativas del Poder Ejecutivo.

Contestando esas imputaciones, el Contralor sostuvo que su dic-

*Considerando su innegable interés —dada la materia sobre la cual recae, esto es, los actos administrativos de aplicación inmediata, vulgarmente conocidos como "decretos de urgencia" (que también pueden ser "resoluciones de urgencia")— reproducimos este artículo del Prof. A. Mecklenburg aparecido en El Mercurio (Santiago) de 12-4-1973, p. 5.

tamen se ajustaba a la ley y a la jurisprudencia del Organismo a su cargo.

Se suscitó así una polémica pública, ya que tanto el oficio inicial del señor Millas, como la respuesta del Contralor, tuvieron amplia publicidad, y lo mismo acaeció con las respectivas réplicas y dúplicas.

Entre las acusaciones formuladas al Contralor, está la de haber modificado su propia jurisprudencia con el fin de obstaculizar las actuaciones del Ejecutivo. Lo dice así el señor Millas: "Esta actitud del señor Contralor General... es un nuevo ejemplo de la versatilidad con que en el último tiempo modifica constantemente sus opiniones la Contraloría al emitir pronunciamientos que tienden a enervar la acción administrativa de la Dirección de Industria y Comercio". (Frase tomada textualmente del segundo oficio del señor Millas al Contralor, publicado en casi toda la prensa del día 17 de marzo pasado).

La acusación es grave.

Según el Diccionario de la Real Academia, versatilidad es "calidad de versátil", y versátil, en una primera acepción, significa "que se vuelve o se puede volver fácilmente", y en una segunda, que pareciera calzar más con la acusación que se le ha hecho al Contralor General, significa "de genio o carácter voluble e inconstante".

La pregunta que fluye, entonces, es obvia: ¿Constituyó el dictamen Nº 14.348, de 1973, un cambio en la jurisprudencia de la Contraloría General, que pudiera justificar aquella acusación?

Investigado el asunto en los archivos de la propia Contraloría General, ha podido establecerse —sin lugar a dudas— que ello no es así. Lejos de ser una innovación en la jurisprudencia de la Contraloría, ese dictamen no es más que la aplicación, una vez más, de la reiterada doctrina del Organismo Fiscalizador sobre la materia.

II. UN POCO DE HISTORIA

En 1964 la Contraloría General emitió el dictamen Nº 79.581, del 20 de octubre de ese año, con el que se pronunció sobre la eficacia de los llamados "decretos de urgencia", que no son otros que los que pueden ser puestos en aplicación antes de cumplir con el trámite de toma de razón por la Contraloría, haciendo así una excepción a la regla general que expresa que los decretos y resoluciones sólo pueden entrar en vigencia una vez que han sido íntegramente tramitados. En ese dictamen se sostuvo la tesis de que los decretos de

urgencia no pierden su valor si son rechazados por la Contraloría, generando sólo un problema de responsabilidad. Textualmente, se dijo: "Si estos actos de la Administración pueden ejecutarse antes de su toma de razón, es obvio que dicho trámite no es en tal caso, un control preventivo, sino un control a posteriori. Por otra parte, si se considera que este Organismo Contralor carece de facultades para anular o modificar un acto administrativo, o para suspender sus efectos, es forzoso llegar a la conclusión de que la devolución de los decretos o resoluciones analizados no lesiona su eficacia". Y se agregaba a continuación que "desde este punto de vista, la toma de razón se convierte en un trámite necesario para determinar la responsabilidad administrativa de las autoridades que han dictado los decretos o resoluciones, o, dicho esto en otras palabras, la devolución de éstos puede convertirse en el inicio de un proceso destinado a investigar la responsabilidad que le cabe a quienes la dictaron".

Sorprendentes expresiones las de ese dictamen, no tanto porque las conclusiones en él sostenidas no pudieran defenderse con buenas razones jurídicas, sino porque ellas constituían la antítesis del pensamiento del Contralor General de la época, señor Enrique Silva Cimma.

En efecto, en su obra *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, edición 1962, Editorial Jurídica de Chile, página 243, del tomo 1, el profesor Silva Cimma sostiene, después de explicar que la toma de razón de los decretos de urgencia está pospuesta para después de su entrada en vigencia: No quiere decir esto que los decretos de urgencia no deban cumplir con todos los requisitos que las leyes establecen, entre ellos, el análisis de su legalidad. No; simplemente la urgencia de las medidas que han de tomarse por la Administración impone esta postergación como única manera de evitar su inoperancia. De lo anterior fuye que si posteriormente un decreto de esta naturaleza es declarado ilegal, *deberá suspenderse de inmediato su aplicación* sin perjuicio de la responsabilidad que del hecho de haberse ejecutado pudiera desprenderse en contra de la autoridad administrativa que lo ha dictado".

La argumentación aquella de que la Contraloría carece de atribuciones para suspender o modificar los actos de la Administración, carece de real fuerza. Si bien ello puede sostenerse como la regla general, válida y aplicable para aquellos actos de la Administración legalmente tramitados y puestos en vigencia, donde indudablemente

tiene pleno valor la afirmación de que la Contraloría no puede modificarlos ni suspenderlos, no sucede lo mismo con aquellos actos de la Administración que aún no han sido sometidos al trámite de *toma de razón*, que la propia ley orgánica de la Contraloría define como el estudio de la constitucionalidad y legalidad de los decretos y/o resoluciones. Con respecto a los decretos y resoluciones comunes, es decir que no son "de urgencia", la ley ha señalado claramente que no pueden entrar en vigencia mientras no cumplan con el trámite de *toma de razón*, con lo cual *ha condicionado el cumplimiento o la aplicación* de los actos del Ejecutivo al *pronunciamiento del Organismo Contralor*; es decir es la ley quien da a la Contraloría la facultad de suspender transitoriamente la entrada en vigencia de un decreto o resolución, dilatando ese momento hasta que ella le da curso. Mientras no lo haga, los efectos de ese acto *están suspendidos*; lo mismo acontece en el caso de los decretos de urgencia. Si bien ellos entraron en vigencia, por disponerlo así *excepcionalmente* la ley, ellos no han quedado exentos del trámite de *toma de razón*, sino que sólo lo tienen *postpuesto*. Sostener, en consecuencia, que cuando la Contraloría se abstiene de cursarlos, ellos deben dejar de producir efectos, no es extralimitar el papel de la Contraloría, ni darle atribuciones que no tiene, sino tan sólo reconocer, aceptar y precisar el verdadero sentido y valor del trámite de *toma de razón*.

➤ No podía, en consecuencia, esperarse que la tesis de aquel dictamen N° 79.581, de 1964, cuyas partes pertinentes han sido transcritas, tuviera una vigencia muy prolongada en la Contraloría, si, como se ha señalado, él contrariaba las opiniones sobre la materia del propio Contralor de la época. Por ello fue que en septiembre de 1965, y a raíz de una consulta de la Oficina de Informaciones del Senado y de la Asociación Nacional de Viticultores, respecto a la situación producida con el decreto que fijaba precios al vino, que fuera puesto en vigencia con su publicación en el "Diario Oficial", devuelto luego por la Contraloría, y en definitiva, cursado por ésta una vez que el Ejecutivo salvó los reparos, se planteara internamente en el Organismo Fiscalizador un cambio en la línea.

En efecto, el Departamento Jurídico hizo llegar al Contralor, señor Silva Gimma, un proyecto de oficio para dar respuesta a las consultas planteadas, en términos similares a los contenidos en el dictamen antes referido. En una nota manuscrita, el señor Silva Gimma devolvió personalmente ese proyecto, señalando: "Debemos reconsiderar

un oficio que, lamentablemente, *estuvo en contra de la opinión sustentada por mí en la cátedra y que es, naturalmente, la que mantengo*. Para mí, agregaba el señor Silva, *devuelto un decreto de urgencia, deja de producir efectos, sin perjuicio de que se insista*. La publicación del rechazo puede ser necesaria para los efectos de que la devolución sea conocida por el público, pero para la autoridad basta con el rechazo mismo y su recepción”.

Y agregaba aún el señor Silva Gimma: “Ahora, si el Gobierno insiste, debe producirse solución de continuidad en los efectos del decreto, vale decir, se convalida una vez cursada la insistencia. Sólo así se evitaría la dificultad de una suspensión momentánea. Otro tanto debemos concluir respecto del decreto rechazado que, en definitiva, se cursa como consecuencia de nuevos antecedentes de que el Organismo de Control ha dispuesto”.

Y concluía: “Si el decreto devuelto no se cursa, en definitiva, *quiere decir que la suspensión de sus efectos se produce desde el rechazo y surgen todos los problemas de responsabilidad que la ley Nº 10.336 prevé*. Creo que esto es, en lo fundamental, la manera de resolver el problema”.

Así nació, entonces, el dictamen Nº 70.482, de 30 de septiembre de 1965, dirigido al Jefe de la Oficina de Informaciones del Senado, que recogió en su integridad —como era lógico que sucediera—, los planteamientos del Contralor señor Silva Gimma. En él se sostuvo la tesis que perdura hasta hoy en la Contraloría: que los decretos de urgencia presentan, como particularidad, la postergación del trámite de toma de razón, en favor de su cumplimiento inmediato, por recaer sobre materias señaladas específicamente en los artículos 10 de la Ley Nº 10.336, de 1964, y 158 de la Ley Nº 16.464, de 1966, materias que perderían su oportunidad o se desvirtuarían si no se aplicaren de inmediato. Por tal motivo, la ley estableció aquí una excepción al principio general consagrado en el artículo 17 del D.F.L. Nº 7.912, de 1927, y en el artículo 154 de la Ley Nº 10.336, de 1964, que prohíben la vigencia de un decreto supremo o resolución antes de que cumpla con todos los trámites legales. Y como ya se señaló antes, la toma de razón en estos decretos sólo se ha postergado, no suprimido, y conserva el mismo sentido y finalidad.

Por eso ha podido sostenerse después por la Contraloría General que estos decretos nacen revestidos de una “presunción de legalidad”, que dura o se extiende hasta que la Contraloría conoce de ellos.

Si los cursa, la presunción desaparece y se convierte en certeza: el decreto o resolución es simplemente legal. Si no los cursa, ella también desaparece: quedan sin esa especie de aureola de legalidad que permitió su vigencia anticipada, y pasan a ser simplemente ilegales, por lo cual deben dejar de aplicarse. (Dictamen Nº 19.746, del 14 de marzo de 1973).

III. CONCLUSIONES

Con toda razón, entonces, pudo el señor Contralor General, don Héctor Humeres, replicarle al Ministro, señor Millas, respecto de su acusación de *versatilidad y cambio de jurisprudencia*. Su oficio Nº 14.348, dirigido al Jefe del Sector Postal de Concepción del Servicio de Correos y Telégrafos, no sólo no ha innovado, sino que es la aplicación de una doctrina acogida por la Contraloría en el año 1965, cuando el señor Humeres no era Contralor y cuando el Gobierno de Chile estaba en otras manos. Mal puede sostenerse, entonces, que la simple aplicación de esa doctrina a casos actuales, tenga por finalidad entorpecer políticamente las acciones del Gobierno, o que esa doctrina haya sido elaborada expresamente con el fin de obstaculizar los planes del Gobierno del que formaba parte el señor Millas.

Tampoco puede sostenerse que esa doctrina haya estado sin aplicación en el tiempo intermedio entre 1965 y 1973, y que se la haya desempolvado con la misma finalidad de obstaculizar y obstruir. Ya lo señaló el Contralor, señor Humeres, en su oficio Nº 24.134, del 30 de marzo de 1973, dirigido al señor Ministro y publicado en casi toda la prensa: entre muchos otros casos que sería largo enumerar, ese dictamen ha sido aplicado sucesivamente por los siguientes oficios dirigidos al Poder Ejecutivo: Nº 55.041, de 1968; Nº 29.851, de 1969; Nº 47.609, de 1971, y Nº 21.531, de 1972.

Con los antecedentes dados a conocer en estas notas, la opinión pública podrá sacar sus propias conclusiones sobre los cargos formulados al Organismo Contralor, y a quien lo dirige, a raíz de actuaciones que han trascendido al público por su propia naturaleza y que sólo constituyen una pequeña parte de las múltiples tareas que la Constitución Política y la ley le han señalado.

Ley N^o 10.336, de 10 de julio de 1964Texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la
Contraloría General de la República*Artículo 19*

La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.

La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados.

Artículo 39

El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.

Los demás empleados de la Contraloría serán nombrados por el Contralor General, quien resolverá, además, sobre la remoción y todas las medidas y normas que se refieren a su personal, de acuerdo con el Estatuto Administrativo.

Artículo 49

El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

La remoción del Contralor General y el Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema.

Los Jefes de Departamentos y el Fiscal serán considerados Jefes de Oficina.

Artículo 59

El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten.

El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva.

En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.

Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio.

Artículo 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, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de su recepción; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros.

La representación se hará con la firma del Contralor, y, en caso de insistencia, se consignará el hecho en la memoria anual que la

Contraloría deberá presentar al Presidente de la República y al Congreso Nacional.

El Contralor deberá, en todo caso, dar cuenta al Congreso Nacional y al Presidente le la República de estos decretos dentro de los treinta días de haber sido dictados, enviando copia completa de ellos y de sus antecedentes.

La Contraloría enviará semestralmente a la Cámara de Diputados una lista de los decretos que no hubieren sido despachados dentro del plazo señalado en el inciso 19, con indicación de los motivos del retraso.

No obstante, el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados "por orden del Presidente de la República". 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.

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 39, atribución 1ª, letra c), de la Constitución Política del Estado.

El Presidente de la República podrá determinar que algunos decretos tengan trámite extraordinario de urgencia, cuando se trate de medidas que perderían su oportunidad o estarían expuestas o desvirtuarse si no se aplicaran inmediatamente, debiendo expresarse así en el mismo decreto. En tales casos, el Contralor deberá emitir su pronunciamiento dentro de quince días y la ejecución se hará efectiva después de su publicación en el "Diario Oficial".

La disposición del inciso anterior se aplicará especialmente cuando se trate de decretos o resoluciones que versen sobre las materias que se indican a continuación, en cuyo caso el plazo para el pronunciamiento del Contralor será de cinco días:

- 1) Reanudación de faenas, y
- 2) Fijación de excedentes exportables.

Los decretos y resoluciones que se refieren a las materias que se señalan a continuación, podrán ejecutarse aun antes de su toma de razón, debiendo ser enviados a la Contraloría dentro de los treinta días de dispuesta la medida:

1º Fijación de tarifas o de precios y modalidades de importación o venta de artículos de primera necesidad o de uso o consumo habitual, cuando se encuentren sometidos a este régimen de control, y

2º Cambios internacionales.

Las suplencias o interinatos en Servicios de urgencia y hospitalarios, en la enseñanza pública y en las oficinas unipersonales, podrán efectuarse aun antes de expedirse el respectivo decreto o resolución, pero, en todo caso, dicho decreto o resolución deberá dictarse y enviarse a la Contraloría dentro de los treinta días siguientes de dispuesta la medida.

Si en los casos indicados en los dos incisos precedentes la Contraloría no da curso al decreto o resolución, podrá perseguir la responsabilidad administrativa del Jefe que la dictó, o pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la República y de la Cámara de Diputados cuando se trate de decreto supremo. Todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades que fueren pertinentes y de la facultad para insistir a que se refiere el inciso 1º de este artículo.