

Facultades desconcentradas y Recurso Jerárquico

Decentralized powers and Hierarchical Recourse

Jorge Enrique Precht Pizarro

Pontificia Universidad Católica de Chile

Alejandra Precht Rorris

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN En relación con la aplicación del Recurso Jerárquico en nuestro Derecho Público, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha tendido a establecer que, por el hecho de existir desconcentración funcional respecto de un órgano público, y, por ende, no posea competencias el superior jerárquico del mismo sobre éste, ello imposibilita la interposición de tal recurso. Se postula en esta ponencia que tal posición, llevada al nivel de dogma, debe ser revisada y analizada caso a caso en pos de proteger los derechos esenciales del administrado.

PALABRAS CLAVE Desconcentración, Recurso Jerárquico, Competencia, Impugnación, Servicios Públicos.

ABSTRACT In relation to the application of the Hierarchical Appeal in our Public Law, the jurisprudence of the Comptroller General of the Republic has tended to establish that, due to the existence of functional deconcentration with respect to a public body, and, therefore, its hierarchical superior does not have competences over it, it makes the interposition of such appeal impossible. It is postulated in this paper that such a position, taken to a dogmatic level, must be reviewed and analyzed case by case in order to protect the essential rights of the administered.

KEY WORDS Deconcentration, Hierarchical Appeal, Competence, Impugnment, Public Services.

La desconcentración se entiende entre nosotros, según lo define Sergio Boisier en el *Diccionario de Administración Pública Chilena*, como las:

Decisiones o acciones mediante las cuales se traspasan capacidades para la toma de

decisiones en forma permanente, desde un nivel determinado de la estructura a otro de rango inferior, dentro de la propia organización. No requiere personalidad jurídica, presupuesto ni normas propias de la administración (ej. Seremis); (Secretarios Regionales Ministeriales) (Olmo, 2002: 70).¹

Es evidente que tal «definición» es insuficiente, sobre todo porque estaba vigente la Ley 18.575 de 1986, hecho que esta definición parece obviar. Pero además es palmariamente improlija pues evidente que dicho traspaso no se efectúa en virtud de «decisiones o acciones», ya que esta radicación no puede efectuarse por acto administrativo o por reglamento. Tampoco puede existir «radicación de hecho» o «desconcentración fáctica». Esta radicación debe ser hecha por la ley.²

Ello deriva del inciso primero del artículo 33 de la Ley 18.575:

Sin perjuicio de su dependencia jerárquica general, la ley podrá desconcentrar territorial y funcionalmente, a determinados órganos. Asimismo, el inciso final enfatiza: «La desconcentración funcional se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio (Ley 18.575, 1986: Art. 33).

Ello, a su vez, fue dejado cartesianamente claro —como si el texto de la Ley 18.575 no lo fuera— por el Dictamen 7.378 de 1998, cuando la Contraloría se vio frente a un Decreto del Ministerio de Planificación y Cooperación, que pretende dar a un Comité de trabajo relativo a un plan de inversiones para el área de Desarrollo Indígena del Alto Bío Bío, el rango o categoría del órgano desconcentrado. Dice la Contraloría que

acorde a los artículos 30 y 39 de la Ley 18.575 no procede que a través de dicho acto administrativo se determine que una Comisión Asesora (naturaleza que reviste el aludido Comité), actúe según se estable como órgano desconcentrado de los Ministerios que participen en él (Dictamen 7.378, 1998)

Por lo dicho, tampoco es adecuada la segunda acepción del mencionado Diccionario:

Consiste en transferir competencias, funciones y atribuciones desde órganos de la administración hacia órganos inferiores, sometidos jerárquicamente a los primeros. Dicho traspaso no otorga patrimonio propio ni personalidad jurídica y, en general, las funciones transferidas son de tipo ejecutivo o resolutivo. En este caso el aparato público deja de estar concentrado en un organismo o territorio, pero sigue existiendo un centro claramente establecido respecto de los órganos inferiores (Olmo, 2002: 70).

Si recurrimos a la doctrina, ella no aporta novedades. En el libro de Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, el autor señala:

1. Este Diccionario fue encargado por la mencionada Subsecretaría a diversos graduados de la Escuela de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de Chile.

2. Además, rompe una regla elemental: «No se debe definir con el definido», ya que no se debe decir «decisiones para la toma de decisiones».

Uno de los efectos de la desconcentración es que, dado que la asignación de potestades en el organismo es mediante la ley, el superior carece de competencias para involucrarse en la materia desconcentrada, de modo que ni siquiera son procedentes en tales casos los recursos jerárquicos (Cordero, 2015: 122-123).

El problema es si de la carencia de competencias se deriva necesariamente la improcedencia del recurso jerárquico.

El profesor Cordero Vega cita dos dictámenes de Contraloría: el Dictamen 37.287, de 2013 y el Dictamen 47.491 de 2005.

La Contraloría ha mantenido mayoritariamente dicho predicamento. Así, por ejemplo, tenemos los siguientes Dictámenes 39.348 de agosto de 2007; 2.376 de 14 de enero de 2011 y 59.368 de 2013. No obstante, al menos en un dictamen posterior la Contraloría actuó, en los hechos, de manera diversa, tal como veremos más adelante.

En este contexto —debido al valor vinculante de los dictámenes de la Administración de Control—, la idea que la desconcentración implica de suyo, la improcedencia del recurso jerárquico puede traer como resultado que existe una vía de recursos que no se puede utilizar respecto de los actos de dichas autoridades. Ello claramente limita derechos constitucionales y en la concurrencia de derechos de la administración y derechos constitucionales, la interpretación debe hacer primar los derechos constitucionales de las personas.

A nuestro entender este asunto merece ser estudiado con mayor detalle, porque afecta a uno de los derechos esenciales de todo administrado, cuál es su derecho de impugnar las decisiones de la autoridad. Ello es una consecuencia del derecho constitucional de defensa y del derecho constitucional al debido proceso o procedimiento.

Por lo demás, una autoridad sometida a relación jerárquica recibe potestades desconcentradas cuando la ley crea un enclave en el cual no le es permitido intervenir al jerarca. No puede dar órdenes de al órgano inferior, no puede avocarse esas atribuciones, no puede revisarlas de oficio, no tiene sobre ellas facultades de dirección y control.

Pero, veamos los derechos del público.

Examinemos primero, la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El artículo 3° expresa:

La Administración del Estado deberá observar los principios de impugnabilidad de los actos administrativos» y en su artículo 10: «Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establece la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, y cuando proceda el recurso jerárquico ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar (Ley 18.575, 1986: Art. 3°).

Ahora bien, si el principio básico de esta ley es la impugnabilidad de los actos administrativos, nos parece claro que debe ser la ley la que expresamente establezca cuando no proceda el recurso jerárquico. Decimos la ley y no una interpretación de la Administración de Control.

Esta argumentación se refuerza si examinamos la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos. El artículo 15 de la Ley 19.880 determina:

Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, lo actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo (Ley 19.880, 2003: Art. 15).

De lo dicho se desprende —según nuestra opinión— que el legislador de la Ley 19.880 estableció que «todos los recursos administrativos y respecto de todos los actos administrativos» estarán siempre a la mano de las personas interesadas.

El artículo 59 de la Ley 19.880 establece las excepciones dentro de las cuales no se encuentran los actos desconcentrados de órganos públicos. Dice este artículo 59 en su inciso cuarto:

No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y de los jefes superiores de los *servicios públicos descentralizados*. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa. (Ley 19.880, 2003: Art. 59).

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que el artículo 15 de la Ley 19.880 (ley posterior) no es idéntico al artículo 10 de la Ley 18.575.

Debemos tener en cuenta que, curiosamente, se eliminó la expresión referida al recurso jerárquico: «cuando proceda».

¿Por qué se eliminó?

Nuestra interpretación es que se eliminó porque si el principio es la «impugnabilidad» de los actos administrativos, era lógico que, en principio, el recurso jerárquico siempre procediera a menos que una ley general lo excluyera o una ley especial lo excluyera para un caso determinado. En ambos casos de manera expresa. Por lo tanto, no existiendo esta exclusión por ley, cuando la Contraloría lo excluye lo está asimilando a la exclusión prevista para los servicios descentralizados.

Al hacerlo, la Contraloría legisla.

Un examen preliminar de este asunto, no nos ha dado como resultado encontrar leyes que expresamente excluyan los actos desconcentrados como objeto del recurso jerárquico.

Lo más que se acerca es el artículo 35 del Reglamento del Ministerio de Salud (D.S. 136/05 del MINSAL que aprueba el mencionado Reglamento Orgánico). Expresa dicho artículo que «respecto de las resoluciones dictadas por el Secretario Regional Ministerial o sus delegados no procederá el recurso jerárquico» (Decreto Ministerio de Salud 136, 2005: Art. 35).

Si bien esta disposición apoya nuestra posición en cuanto se requiere de texto expreso para excluir la procedencia del recurso jerárquico contra resoluciones de órganos desconcentrados, a nuestro juicio esta eliminación debió haberse efectuado por ley, pues no adherimos a la doctrina defendida por don Enrique Silva Cimma de los llamados «reglamentos incorporados». Dicha doctrina encierra en los hechos una delegación de facultades legislativas malamente encubiertas, esto es, lo que en el sistema de Derecho Comunitario Europeo se conoce como «legislar por la puerta de atrás».

Finalmente, revisemos el Dictamen 39.961 de 19 de mayo de 2015 en donde el órgano de control no observa y en los hechos avala la procedencia del recurso jerárquico en contra de una resolución de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura que se negó a inscribir en el registro público de licencias transables de pesca y acuicultura un contrato de arriendo, dado que la licencia respectiva se encontraba afecta a embargo judicial.

Se presenta un reclamo ante la Contraloría. La Contraloría pide informe por separado al Ministerio de Economía y a su Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

De atenerse a la doctrina en pie de las «facultades desconcentradas», la Contraloría debió haber pedido informe sólo a la Subsecretaría, pues se trataba de facultades desconcentradas de la misma.

Pero el asunto había llegado hasta el Ministerio: La Compañía requirente había deducido recurso de reposición y jerárquico en subsidio.

La Subsecretaría desestimó el reclamo en Resolución Exenta N°1.325 de 2014 y el Ministerio rechazó —por razones de fondo— el recurso jerárquico por resolución exenta del Ministerio de Economía N° 151 de 2014, aprobándose en el artículo 30° de la Ley de Pesca. No lo declara inadmisibile.

Finalmente, la Contraloría no se pronuncia sobre la inadmisibilidad del reclamo para ante el Ministerio, sino que respalda todo lo decidido por la Administración Activa y no hace ninguna prevención respecto del actuar Ministerial.

Obiter dicta: A mayor abundamiento, vayan tres observaciones.

Primero, el artículo 59 de la Ley 19.880 debe interpretarse restrictivamente (sólo en los casos mencionados no procede el recurso jerárquico), porque estando en juego garantías constitucionales que tiene en Chile toda persona: «odiosa sunt restringenda».

Segundo, que la técnica de la desconcentración del artículo 33 de la Ley 18.575 es de orden organizacional y no excluye que el jerarca pueda intervenir —a petición de un particular— como instancia contencioso-administrativa.

Tercero, que, si no hay un precepto legal expreso de exclusión, opera entonces la Ley 19.880 como norma supletoria, según su artículo primero, inciso primero y llegamos a la misma conclusión que aquí hemos defendido.

En consecuencia: Si una persona privada recurriera a la vía judicial —en especial si requiriera el amparo constitucional del artículo 20 del Texto Fundamental— ese recurso o acción constitucional, basado en la negativa del jerarca de admitir el recurso jerárquico administrativo, debería ser declarado admisible y fallado a favor del particular (obligando al órgano administrativo a tramitar el recurso jerárquico). Ello pese al

dictamen de la Contraloría, pues la facultad dictaminadora del órgano de control, no empece ni al particular ni a los tribunales de justicia.

Por todo lo expuesto, la frase que el Órgano Contralor emplea en numerosos dictámenes y casi como un dogma: «No procede el recurso jerárquico respecto de las decisiones de un órgano administrativo adoptadas en ejercicio de potestades desconcentradas, en las que la ley radica un sector de materias dentro de la órbita de la competencia exclusiva de ese órgano», merece ser cuidadosamente revisada caso a caso.

Referencias

- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. Segunda Edición corregida.
- OLMO, Andreína (2002). *Diccionario de Administración Pública Chilena*. Santiago de Chile: Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. Segunda Edición.

Normas citadas

- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 7.378, de 1998.
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE. DECRETO 136/2005, que establece «Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud», publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 2005.
- LEY 18.575, «Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado», publicada el 05 de diciembre de 1986.
- LEY 19.880, «Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado», publicada el 29 de mayo de 2003.

Sobre los autores

Jorge Enrique Precht Pizarro es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Licenciado en Ciencias del Desarrollo y en Ciencias Políticas y Sociales, Master en Gobierno y Administración Pública y Doctor en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Master of Law in International and Comparative Law de la Vrije Universiteit van Brussel, Bélgica. Profesor Titular Adjunto del Departamento de Derecho Público y del Magíster de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Alejandra Precht Rorris es Abogada y Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master of Legal Institutions de la University of Wisconsin-Madison, Estados Unidos. Profesora del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Adolfo Ibáñez