

## ACERCA DE LOS DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA: UN ERROR SUPREMO ES UN SUPREMO ERROR

(MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO  
CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA,  
CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE PROTECCIÓN,  
2 DE ENERO DE 2014, ROL 7210-2013)

*Eduardo Soto Kloss\**

El fin es para los medios elegidos como el principio  
para las conclusiones.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro VII, cap. 8,  
Bk 1151 a 16.

Varios temas presentan interés en este fallo que comentamos y que pareciera ha sido inadvertido por quienes se dedican al derecho administrativo. Es cierto que la gran mayoría de ellos se dedican más bien a estudiar la legislación más que la jurisprudencia referida a la Administración (salvo en lo que concierna a la jurisprudencia recaída en materia ambiental, la cual ha adquirido notoria atención), no obstante que, como ya enseñaba Cicerón, es en los tribunales en donde se vive el Derecho (*Pro Sestio* 42.92).

1. Un primer punto es el referente a si una Municipalidad –y más ampliamente un organismo de la Administración del Estado (o más aún, un organismo del Estado, v. gr. un tribunal de la República o una Cámara del Congreso Nacional)– puede recurrir de protección, sea en contra de otro organismo de la Administración o incluso en contra de un particular. Es decir, si ellos poseen legitimación activa para recurrir en amparo general ante una Corte de Apelaciones del país.

Si se atiende al origen de esta acción constitucional, cabe señalar de inmediato que la idea primigenia de ella fue la de crear un arbitrio procesal de *defensa de los derechos de las personas frente al actuar contrario a Derecho* –ilegal o arbitrario– *de los organismos de la Administración del Estado*, en una época de especial virulencia administrativa en contra de

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

los ciudadanos, como fue el gobierno marxista de los años 1970 a 1973<sup>1</sup>. Y no que estos organismos estatales pudieran hacer uso de él, desde que se trató de una ampliación del “*habeas corpus*”, el cual, de suyo, no cabe ser ejercido por tales organismos...

Tampoco en la Comisión Ortúzar aparece que un organismo del Estado (lato sensu) pudiera hacer uso de esta acción constitucional, puesto que desde el primer documento de ella se la concibe como una acción en defensa de los derechos humanos, como dice v. gr. las *Metas y Objetivos fundamentales para la Nueva Constitución*, de 26.11.1973, parágrafos 1, 2 y 3, como, asimismo, la *Declaración de Principios de la Junta de Gobierno*, de 11.3.1974, capítulo 2, parágrafos 1 a 4<sup>2</sup>.

En el propio texto del DL 1.553, de 13.9.1976, aparece el que posteriormente será llamado “recurso de protección” –haciendo *pendant* con el llamado recurso de amparo– como una acción constitucional en amparo de los derechos de las personas, lo que será reiterado en la propia Constitución (1980), cuyo artículo 19 se inicia con “*La Constitución asegura a todas las personas*”: ...los numerosos derechos que ella les reconoce, y que son precisamente la salvaguarda de su identidad de personas *frente* al poder de los distintos organismos del Estado, derechos fundamentales que, además, nunca se olvide, *son un límite* para el actuar de ellos (art. 5° inciso 2° de la Constitución), en su promoción del bien común, el cual debe ser procurado “con pleno respeto de los derechos de las personas” y a cuyo servicio están (art. 1° inciso 4°). De allí no sólo la primacía de la persona humana (art. 1° incisos 1° a 5°) y la consecuencial servicialidad del Estado (arts. 1° inciso 4° y 5° inciso 2°), sino que esta acción de amparo general haya sido concebida, creada y esté intrínsecamente en función de la protección de los derechos fundamentales de las personas *frente* al Estado y sus organismos, especialmente de la Administración.

Si ello es así, y es irrefragable, ¿Cómo puede admitirse el recurso de protección para ser deducido por un organismo del Estado y del Estado Administración? ¿Es, acaso, que estos organismos poseen *derechos fundamentales*? No cabe duda que no. Es más, no sólo no poseen *derechos*, sino que los “poderes jurídicos” con que la ley los ha dotado para realizar su misión de satisfacer las necesidades públicas (esto es aquellas que el legislador en un momento determinado dispone que sean satisfechas por

<sup>1</sup> Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, pp. 11-55; también Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección, una institución esencial de una sociedad libre*, en EL MISMO, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 673-691, y Eduardo SOTO KLOSS *La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977-2002)* pp. 693-707.

<sup>2</sup> *Actas Constitucionales. Antecedentes y textos*, pp. 9-18 y 19-31, respectivamente.

un organismo de la Administración del Estado) no son “derechos subjetivos”, sino *potestades*, esto es, *poderes-deberes* que deben ejercerse con dicha finalidad cuando se produzcan esas necesidades, puesto que se trata de “poderes jurídicos *finalizados*”, es decir, con el fin de procurar el bien de los miembros de la comunidad<sup>3</sup>. ¿Cómo, entonces, permitir y aceptar esa legitimación activa de organismos de la Administración el Estado? Si carecen propiamente de derechos fundamentales, ¿cómo recurrir de protección, lo cual supone, de suyo, un agravio –como acción u omisión– en el legítimo ejercicio de un derecho de aquellos amparados por el artículo 20 de la Constitución? Si carecen de derechos fundamentales, ¿qué protección pueden pretender, entonces?

*E pur si muove!* No obstante lo dicho, que es indiscutible e inconcusos, la Corte Suprema ya desde los inicios del recurso de protección ha admitido que un organismo de la Administración del Estado recurra de protección en contra de otro organismo de la misma Administración del Estado si estima que la actuación de éste le ha agraviado en alguna de sus “potestades”, amparándolo el juez supremo al estimar que un “derecho” suyo (sic!) [de aquellos que las personas naturales poseen y se encuentran protegidos por esta acción] ha sido agraviado de modo ilegal y/o arbitrario, adoptando al afecto una “medida” de protección a su respecto.

El primer caso que encontré en el comienzo de la práctica de la protección fue *Sindicatura de Quiebras de Concepción c/ Inspección del Trabajo de Concepción*, protección acogida ante una multa que esta última cursara a aquélla y que fuera declarada ilegal dejándosela sin efecto<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre la noción y características de las llamadas “potestades públicas”, especialmente administrativas, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, vol. 2°, pp. 47-63. Valga recordar que en varias ocasiones la Corte Suprema ha reiterado que las potestades públicas no constituyen un “derecho de propiedad” de los organismos públicos, como en *Conaf c/Nave Isla Santa Margarita*, en RDJ t. 89/1992, 2.5, 142-153, y *Alcalde de la Municipalidad de Cerrillos c/Contraloría General de la República*, en idem 7.97/2000, 2.5, 98-102, en el cual se señala expresamente y con mucha precisión jurídica (consid. 11° del fallo de la Corte Suprema que revocando el de primera instancia, 27.3.2000, que acogía la protección deducida, rechaza la pretensión de amparo) “que las potestades o atribuciones del Alcalde –que según lo sostiene el recurso [de apelación] se hallan incorporadas a su patrimonio o al del municipio y le han sido desconocidas– carecen, por su propia naturaleza, de todo contenido patrimonial; por ser potestades públicas no se han generado en ninguna relación jurídica, como los derechos y obligaciones civiles, sino que proceden directamente del ordenamiento jurídico, que las otorga para que los órganos públicos cumplan con la función que les ha sido asignada; resulta, entonces, evidente que son absolutamente ajenas al ámbito patrimonial del Alcalde o de la Municipalidad” (cursivas nuestras).

<sup>4</sup> Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, pp. 407, 421 nota 28; fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 11.11.1977, confirmada por la Corte Suprema el 17.11.1977, rol 12.894. Sobre la posibilidad de que

Ya respecto de recursos de protección deducidos por las Municipalidades la jurisprudencia los ha admitido, en general, sin mayores problemas<sup>5</sup>. El caso que comentamos enfrenta a la Municipalidad de Valparaíso ante un agravio que habría sufrido a raíz de un dictamen de la Contraloría Regional porteña que le ordenaba devolver un derecho municipal que había cobrado por el estudio y análisis de una comunicación de una empresa de telefonía celular (Nextel S. A.) de instalación de una antena en la Comuna por un monto de 500 UTM (un cobro a todas luces desproporcionado y carente de razonabilidad, pues lo había aumentado desde 28 UTM), dictamen del que la Municipalidad pidiera reconsideración a la Contraloría General de la República, la cual la rechazara. Ante ello, la Municipalidad recurre de protección en contra de los dos dictámenes aludidos.

2. Aquí hay un segundo punto digno de interés y que la Corte Suprema resuelve acertadamente al menos en cuanto –reiterando un fallo anterior (cita al efecto el rol 10.499-2011, de 12.1.2011)– establece lo que ya desde hace muchos años y en variadas ocasiones había claramente establecido en orden a que el recurso de protección es plenamente procedente frente a actuaciones de la Contraloría General de la República (y de las Contralorías Regionales).

En efecto, si bien en el inicio de la práctica de esta acción constitucional se pretendió que la Contraloría General no podía ser sujeto pasivo de esta acción, muy pronto se revirtió esa posición atendido el claro tenor del artículo 20 de la Constitución que no distingue su procedencia según el ofensor y, además, que sus dictámenes son actos administrativos propiamente tales y puesto que producen efectos jurídicos pueden producir agravios en los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas<sup>6</sup>. Tan es así que se ha recurrido de protección muy numerosas veces en contra de sus dictámenes como también en contra de sus actos administrativos, trámites como son la llamada “representación”, la conocida

---

los organismos de la Administración del Estado puedan recurrir de protección puede ser de interés recordar lo que quedó constancia en la Comisión Ortúzar en su Sesión 202 (p. 23) en cuanto a que “las garantías se refieren a los particulares... Todo el capítulo que está estudiándose consiste en garantías que el Estado reconoce a los particulares”; de interés, también, Manuel Antonio NÚÑEZ, *Titulares y sujetos pasivos de los derechos constitucionales*, pp. 200-208; respecto especialmente de los municipios ello ha sido criticado fundadamente por Sebastián Lewis en *Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano contralor*, pp. 129-152.

<sup>5</sup> Entre esos casos de protecciones deducidas por Municipalidades podemos indicar, entre otros, por su interés, *Alcalde de la Municipalidad de Cerrillos c/Contralor General de la República* cit., que fuera rechazado; o *Municipalidad de Iquique c/ Eliqsa S. A.*, en idem t. 102/2005, 2.5, 1136-1142, igualmente rechazado, o aún *Municipalidad de Zapallar c/ Contraloría General de la República*, Corte Suprema 3.7.2012, rol 2791-2012, acogido.

<sup>6</sup> Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección*, pp. 365-396.

“toma de razón”, que integran ambas el procedimiento de elaboración de los actos administrativos (emitidos bajo la forma de “decretos” o “resoluciones”/art. 87 Constitución), como asimismo el llamado “registro” (de nombramientos de funcionarios municipales), ya que no cabe duda que todos ellos son actos administrativos, deciden algo, resuelven algo y se imponen en sus efectos jurídicos (vid. v. gr. Ley 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República., arts. 6°, 9° y 19, como también la Ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado, art. 10)<sup>7</sup>.

Lo que sí *merece rechazo* es la afirmación que hace el fallo en su considerando 6° respecto de los que imagina que son “tipos” de dictámenes que emitiría la Contraloría General de la República, en cuanto “inventa” que habría tres clases o tipos de dictámenes contralores (que como hemos visto son actos administrativos y, por ende, recurribles), a saber

- a) dictámenes constitutivos de decisiones, “verdaderos actos terminales”,
- b) dictámenes que constituyen “actos trámites” que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, y
- c) aquí viene lo erróneo: “dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto

<sup>7</sup> Sobre protecciones deducidas en contra del acto trámite “representación”, entre otros, *Sociedad de Servicios Urbanos* en RDJ t. 86/1989, 2.5, 102-107; *Cofré Silva*, idem 186-191; *East Fernández*, t. 87/1990, 2.5, 163-169 y nota en 163; *Bell Avello*, t. 88/1991, 2.5, 275-281; *Duarte Serrano*, t.90/1993, 2.5, 9-12; *Plata Cisterans*, idem 239-244; *A. Denham y Cía. Ltda.*, t. 93/1996, 2.5, 187-199; *Czichke del Pozo*, t. 97/2000, 2.5, 194-199; *Carrasco Carriel*, t. 100/2003, 2.5, 143 nota; *Castelblanco Koch* (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16.1.2006, rol 526-2005 acoge protección y Corte Suprema, 27.3.2006, rol 600-2006, confirma. En estas protecciones cuando son acogidas el tribunal ordena a Contraloría tomar razón del decreto o resolución en que incidía dicha representación, declarada ilegal. Aun cuando se trata de un fallo recaído en el llamado “amparo económico” (Ley 18.981/11.3.1990, artículo único) presenta interés en este aspecto el considerando 22 de *Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos A. G.* (Corte de Apelaciones de Santiago, 25.5.1996, aprobada en consulta por la Corte Suprema el 19.6.1996, en RDJ t. 93 /1996, 2.5, 140-153) en el cual se consigna que el hecho de que un determinado decreto o resolución haya sido tomado razón por la Contraloría General de la República no obsta a que los Tribunales revisen su juridicidad en virtud de sus potestades (art. 73 de la Constitución) o en virtud de aquellas acciones que le dan competencia específica (v. gr. protección, art. 20) o de nulidad de derecho público (arts. 6° y 7°). Sobre protecciones dirigidas a impugnar el trámite del “registro”, referente a actos administrativos concernientes a funcionarios públicos, actos los cuales están exentos del trámite de toma de razón, vid. entre otros, *Villaruel Villaruel* en RDJ t. 85/1988, 2.5, 68-72; *Veloso Merino*, t. 92/1995, 2.5, 54-61; *Escobar Contreras*, idem 112-114 (más casos en nota); *Jofré Roldán*, t. 93/1996, 2.5, 16-21; *Hormazábal Gómez*, t. 95/1998, 2.5, 179-186 (más casos en nota p. 181); *Cabrera Ortiz*, t. 97/2000, 2.5, 128-131; *Albornoz Villaman*, t. 100/2003, 2.5, 188-193.

al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimientos Administrativos, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de ‘dictámenes o declaraciones de juicio’, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares”.

Y agrega, en clara contradicción consigo mismo, este considerando 6°:

“Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada Servicio de la Administración haga del dictamen pero éste en sí mismo no produce tal efecto salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”.

Cierto es que este considerando 6° transcribe parte de los considerandos 5° y 6° de un fallo anterior de 12.1.2011 cit. que repite sin mayor análisis (yerra el texto del fallo porque es del 2012 y no 2011).

2.1. Lo que debería haber recordado la Corte Suprema –supuesto que lo sabe– es que los dictámenes, según la propia jurisprudencia contralora, son actos administrativos *interpretativos* en los cuales la Contraloría “interpreta” sea un cuerpo legal, sea –lo más frecuente– un o unos preceptos legales (y también reglamentarios, conforme con lo que dispone el art. 6° inc. 1° de su ley 10.336) en un caso concreto sometido a su conocimiento. Esto es, determina, precisa, establece, el sentido y alcance de ese o esos preceptos legales o reglamentarios para ser aplicado “por” la Administración o “a” ella, interpretación vinculante para el organismo que solicitó la consulta o le es aplicable, pero, al mismo tiempo, para toda la Administración sujeta a su fiscalización, en cuanto “jurisprudencia administrativa”. De acuerdo con una abundante jurisprudencia contralora en este punto, un dictamen “interpreta” textos legales o reglamentarios, y también preceptos de la Constitución, obviamente, desde que ésta misma en su artículo 88/99 ha dispuesto que en el trámite de “toma de razón” de decretos y resoluciones el Contralor General debe “representarlos” si estima que son contrarios a la Constitución o la ley, señalando que si la “representación” es por adolecer de inconstitucionalidad un decreto presidencial no cabe insistencia a su respecto por parte de su autor, sino éste debe acudir, si lo estima pertinente, al Tribunal Constitucional para que éste decida el diferendo (art. 82 N° 5 /93 N° 9).

Desde el momento que se trata de un acto “interpretativo” no cabe hacer distinciones en los dictámenes contralores en el sentido que lo hace este fallo, siguiendo un fallo anterior. Si es interpretativo no cabe racionalmen-



te sostener que es un acto administrativo “terminal”, es decir que decide una determinada pretensión de un interesado o en su caso absuelve una consulta de un determinado Jefe de Servicio en orden a la aplicación del Derecho por parte de dicho organismo administrativo. La Contraloría no ejerce al emitir dictámenes una “función ejecutiva” como un organismo de la Administración; su misión es de muy distinta naturaleza, ya que no es sino, a través de sus dictámenes, *uniformar* la aplicación del Derecho “por” la Administración y el que es “a ella” aplicable y ello a través de su “función interpretativa” del Derecho. Su función no puede ser más fundamental en un Estado de Derecho como es que la Administración del Estado, con sus innumerables organismos de las más variadas actividades específicas, adquiera homogeneidad frente al Derecho que aplique y que se le aplique, de tal modo que adquiera no sólo seguridad jurídica-certeza sino especialmente seguridad jurídica-estabilidad, lo que sólo es posible en la medida que exista un organismo independiente de esa Administración y con autonomía (constitucional, como en el caso de la Contraloría General de la República), que imponga a través de sus dictámenes (vinculantes) cómo ha de ser aplicado el Derecho a esa Administración según la “interpretación” que ella haga caso a caso en los asuntos sometidos a su conocimiento, pero en que, además, esos dictámenes constituyen la “jurisprudencia” administrativa, que sientan “precedentes”, siendo aplicables en los casos sucesivos que se presenten en las mismas situaciones. “Obligatoriedad” y “sistema de precedentes” es lo que ha hecho que esa uniformidad, homogeneidad, igualdad de trato, seguridad jurídica, además de una exigencia de probidad muy aguda, constituyan la originalidad de esta entidad superior de control que es la Contraloría General de la República y que ha contribuido, también, en gran medida, a la originalidad de la Administración del Estado en Chile<sup>8</sup>.

2.2. Debe también insistirse en que *los dictámenes contralores son propiamente actos administrativos* por donde se les mire, vale decir, decisiones que producen efectos jurídicos, incluso vinculantes para la Administración, sean directamente o indirectamente (como jurisprudencia administrativa). Y siendo actos administrativos –si bien *de naturaleza interpretativa*– son como tales recurribles, impugnables, ya por recursos administrativos, v. gr. reposición, llamada “reconsideración” ante la Contraloría misma, sea por acciones procesales (arts. 7º, 73/76 Constitución, art. 10 Ley 18.575). Y,

<sup>8</sup> Sobre “dictámenes” vid. mi *El recurso de protección* cit. 376-382. Sobre la originalidad de nuestra Contraloría General vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. 781-789. Sobre “precedentes” vid. mi *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado* en Revista Chilena de Derecho (RCHD) vol. 26 N° 2/1999, 399-403; también R. Céspedes Proto, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa*, en RCHD vol. 29/2001, 149-159.

ciertamente, si esos dictámenes inciden en “actos trámites” de un procedimiento administrativo como el de elaboración de un acto administrativo de una autoridad de la Administración ejecutiva del Estado.

Tan es así que una “representación” de un decreto o resolución, que asume la forma de un “dictamen” en cuanto interpreta el Derecho aplicable en el caso concreto, produce el efecto jurídico de “impedir” la continuación del procedimiento de elaboración de un acto administrativo (de aquellos sometidos a la toma de razón) y evitar que ese decreto o resolución –propiamente un “proyecto de acto”– llegue a ser acto administrativo dada su contrariedad a Derecho (sea por inconstitucionalidad o ilegalidad). De allí que la propia Corte Suprema ha conocido protecciones en que se recurre en contra de una “representación” contralora, habiendo sido acogidas, y dejándola sin efecto, lo que significa que la Contraloría debe “cursar” dicho decreto o resolución tomando razón al efecto y continuándose así el procedimiento administrativo respectivo. Del mismo modo ha ocurrido con el trámite de “toma de razón”, el cual recurrido por protección ha sido dejado sin efecto por estimar el tribunal que el decreto o resolución tomado de razón es contrario a Derecho y debía haber sido “representado” por el organismo contralor. Si bien el trámite procedimental de la “toma de razón” no se traduce explícitamente en un dictamen formal, dado que se materializa en un simple timbre (*tomado razón*), firma del Contralor General o su subrogante legal, o Contralor Regional en regiones, y fecha, estampado en el documento (salvo si va seguido del llamado “alcance”<sup>9</sup>, implícitamente sí que lo constituye por cuanto este timbre, firma y fecha (aun sin texto escrito que exprese razonamientos, argumentaciones o fundamentaciones) significan la expresión formal de que la Contraloría estima que ese decreto o resolución *es conforme a Derecho* según la interpretación que hace al efecto respecto de la aplicación que su autor ha efectuado del derecho pertinente a la situación que decide a través de ese documento que le envía para su control de juridicidad. También es un acto administrativo procedimental o trámite el llamado “registro” que hace Contraloría respecto de bienes del Estado y funcionarios públicos, en sus registros respectivos, y que respecto de estos últimos produjera no pocos recursos de protección al menos hasta la época de 2008, con ocasión de concursos públicos de docentes municipales.

<sup>9</sup> Sobre la “toma de razón” Eduardo SOTO KLOSS *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 349-375 y 384-386; también Iván ARÓSTICA, *El trámite de la toma de razón de los actos administrativos*, pp. 131-168, sobre el trámite del llamado “registro” Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 386-399. Sobre “alcance”, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 375-384.



Pero no debe ni cabe olvidar que esos actos contralores son *interpretativos* en cuanto implican “dictámenes”, es decir interpretan el Derecho aplicable “a” y “por” la Administración, como v. gr. cuando emite un decreto o resolución y toca a la Contraloría pronunciarse sobre su adecuación o no a Derecho, o sea sobre su juridicidad, puesto que a ella toca, entre otras funciones, por imperativo constitucional, pronunciarse sobre la juridicidad de los actos de la Administración (art. 87/98 Constitución).

2.3. Y en lo que cae en error este fallo –al recoger sin mayor análisis el fallo de 2011 citado– contradiciéndose a sí mismo, es al afirmar que un tercer tipo o clase de dictamen contralor es aquel que tiene por objeto “instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal” y que no cabría dentro de la definición de acto administrativo de la Ley 19.880 referida. Hay aquí una serie continua de errores:

- a) primeramente, no se advierte que la ley 19.880 define y se aplica sólo a “un” tipo de acto administrativo, a saber los que se emiten en forma de “decreto” o “resolución” y no a otro tipo de acto administrativo (no obstante serlo tanto como aquellos dos) como son v. gr. un “dictamen” contralor, un “bando” de autoridad en estados de excepción, un “acuerdo” de organismo colegiado (de un Concejo Comunal, de un Consejo del Banco Central o un Consejo Regional), una “instrucción” de tipo general que emite un Jefe de Servicio respecto de determinada actividad de sus funcionarios, una “circular” (como la del Director del Servicio de Impuestos Internos referente a los contribuyentes), un “oficio” de un órgano administrativo (v. gr. del Director de Administración y Finanzas de una Municipalidad cobrando derechos municipales de publicidad a un comerciante), y hasta tan acto administrativo como es un “visto bueno” colocado de modo manuscrito por la autoridad competente para decidir un beneficio, en la propia solicitud de un interesado particular (v. gr. protección *Roumeau Godoy c/Director del Servicio de la Vivienda y Urbanismo de la Octava Región*)<sup>10</sup>. No es cierto, en consecuencia, afirmar en el derecho chileno que dicha “instrucción” contralora no sea un acto administrativo porque no aparece en la definición de la ley 19.880, ya que nadie que algo sepa de derecho administrativo puede afirmar, en Chile, que todos esos ejemplos que recién venimos de dar no sean actos administrativos propiamente tales en toda su plenitud, como lo ha reconocido tanto la jurisprudencia

<sup>10</sup> Corte Suprema 14.9.1992, en RDJ t. 89/1992, 2.5, 264-270.

- contralora como la judicial e incluso en protección al conocer de esta acción deducida en contra de aquéllos.
- b) Una “circular” contralora que interpreta para la Administración del Estado o para un grupo de sus organismos, determinado cuerpo legal –por ejemplo, una nueva ley en determinado sector, o una modificación importante sobrevenida a una ley y que deba ser aplicada por ellos– es más que obvio que es un “acto administrativo propiamente tal”, y por cuanto “interpreta” el Derecho para la Administración dándole un sentido y alcance específico a esas disposiciones legales, constituye propiamente un “dictamen”, cuya naturaleza –como lo establece la propia Contraloría General– es “interpretativa”. Es, pues, falso que tal “circular” no sea un acto administrativo.
- c) Por último, yerra de igual modo el tribunal cuando afirma que como no es acto administrativo dicha “circular instructiva” (tercer tipo de dictamen contralor que “descubre” el fallo...) no pueda ella afectar los derechos de los particulares (“las garantías constitucionales porque no producen efecto en ellas” dice textualmente ese considerando 6°), y en tal virtud no sería impugnable ante la jurisdicción. Lo curioso es que el propio considerando citado agrega de manera expresa en seguida que sí puede afectar dicha “circular contralora”/dictamen en cuanto tal a una víctima en tanto “amenaza” al legítimo ejercicio de uno de los derechos amparados por esta acción constitucional. Si le puede afectar en tanto “amenaza” es porque se trata, primeramente, de un acto administrativo y en segundo lugar, como tal acto produce efectos jurídicos desde que lo propio de un acto administrativo es producir efectos jurídicos, esto es, “impactar” en las situaciones jurídicas de terceros, sea en su beneficio o bien en su detrimento o perjuicio o gravamen. De allí que si se le reconoce la naturaleza de “dictamen” –como no puede ser menos– se está reconociendo, asimismo, su naturaleza de “acto administrativo” y, por tanto, que produce efectos jurídicos directos y, por ende, puede agraviar, lo cual conlleva la necesaria consecuencia de ser recurrible, impugnable y llevado a los tribunales para su control de juridicidad definitivo a través de una sentencia que produce cosa juzgada.

Esta tricotomía de “dictámenes” no pasa, pues, de ser un mero “divertimiento” de un tribunal tal vez aburrido en ese caso que le tocó conocer y resolver y quiso entretenerse inventando clasificaciones incluso inútiles jurídicamente hablando y hasta posiblemente perversas si se llega a la afirmación de no ser impugnable determinado acto administrativo contralor,

cuando es *principio general irrecusable* de nuestro derecho público que *todo acto administrativo es impugnabile*, sea por vía de recursos administrativos, sea por acciones procesales ante los tribunales de la República, como lo afirma la Constitución (arts. 7° y 73/76) y la ley 18.575 (arts. 2°, 3° inciso 2° y 10) y lo ha reconocido expresamente hasta el propio Tribunal Constitucional<sup>11</sup>.

3. Otro punto que aparece de modo alguno aceptable es lo que el fallo decide en su considerando 8° haciendo suyo un fallo anterior de 2011 (rectius 2012). Se trata del tema referente al cobro que hace la Municipalidad de Valparaíso de 500 UTM por derechos municipales a raíz de la “revisión de la documentación del aviso de instalación de antena de telefonía celular” que presentara Nextel S.A., y que ya contaba con la autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ha de hacerse presente que dicha Municipalidad modificó su Ordenanza Local de Derechos Municipales por concesiones, permisos y servicios, elevando el monto de dicho derecho de 28 UTM a 500 UTM, sin darse justificación o fundamento alguno por tan desproporcionada alza ni haber existido participación alguna de la comunidad vecinal o de los interesados. Ha sido ejercicio del más desenfadado voluntarismo, lo hizo porque así lo determinó, sin dar razón alguna de ello, sólo porque así le plugo (*quod principi placui* diría un legista imperial romano...).

Lo extraño y sorprendente es que el tribunal [citando siempre aquel fallo de 2011, en que se inspira, recaído en una casación deducida en un “reclamo de ilegalidad municipal”, acción de naturaleza distinta a la protección, con pretensiones diferentes y potestades jurisdiccionales contrapuestas a las conservadoras de la protección, cosa que parece no haber sido advertida por los magistrados supremos] reconoce que el hecho mismo de la fijación del monto de ese derecho municipal no puede quedar ajeno a los controles de la razón, al punto de tolerar lo manifiestamente incoherente, discriminatorio o disparatado (considerando 8°, citando el considerando 13 de aquel fallo de 2011), pero que en ese procedimiento de reclamación no cabía pronunciarse por tratarse de un “hecho” que como tal escapa al control del tribunal de casación y ello parecería sensato en ese procedimiento. Pero lo que no es en absoluto aceptable, por ser

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, sentencia del 4. 8. 2011, rol 2009, considerandos 31 y 32; en este último se afirma expresamente “el principio general de que todo acto administrativo es reclamable”, principio que en el considerando 31 le llama de “impugnabilidad de los actos de la Administración”. Valga señalar que este “divertimento” ha tenido dos precedentes muy próximos como han sido *Municipalidad de Zapallar c/Contraloría General de la República* cit. y *Encina Eade y otra c/Contraloría Regional de Tarapacá y Dirección del Servicio de Salud de Iquique* (/Corte Suprema 12.1.2012, rol 10.499-2011).

enteramente erróneo, es que en estos *autos de protección* se haya adoptado la misma solución, sin darse cuenta que en este proceso constitucional el tribunal supremo posee al respecto *potestades jurisdiccionales conservadoras* y, por tanto, debía pronunciarse necesariamente sobre lo disparatado del monto referido de 500 UTM por la prestación municipal, que era el punto en disputa. *Hay un error muy grave* cuando el fallo señala que ello no procedía “discutirlo en esta sede” de protección (copiando el fallo referido, ajeno al tema de protección), porque es en esta sede en que el tribunal precisamente es competente para pronunciarse y decidir sobre hechos y derecho, dada la amplitud que significa una pretensión de amparo como la que se ejerce a través del llamado “recurso de protección” y las potestades jurisdiccionales correspondientes con que está dotado el tribunal. Su deber era justamente inmiscuirse, como lo había hecho con rigor la Contraloría Regional de Valparaíso y luego la Contraloría General de la República al ejercer sus potestades contraloras sobre la aludida actividad municipal; y es que el tema central del *quid procesal* consistía en determinar si ese cobro, con ese monto, tenía fundamento y era razonable, lo que de haber dedicado su atención a ello el tribunal no habría podido sino concluir que aparecía arbitrario, carente de justificación racional, y desprovisto de toda coherencia con el trabajo que realiza la autoridad edilicia al efecto de comprobar la veracidad de los antecedentes que se le presentan por el requirente. Al tribunal le pareció más fácil copiar los considerandos de otro fallo parecido, pero sin advertir ni mínimamente que contenía pretensiones, procedimientos y potestades jurisdiccionales diferentes a la protección de este caso, o sea *enteramente inaplicable* en derecho a la presente protección deducida, y despachar el tema controvertido diciendo que la discusión de ese monto “no comprende discutirlo en esta sede” de protección (considerando 8° *in fine*, simplemente con el expediente del “copiar y pegar”...).

Y así, en tal virtud –o sea escabullendo el *quid* del tema– decide que el dictamen de la Contraloría General de la República que rechazó la reconsideración planteada por la Municipalidad de Valparaíso del dictamen de la Contraloría Regional de Valparaíso que le ordenaba devolver el monto referido al interesado por ser improcedente ese cobro de tal magnitud, era *ilegal* por cuanto la Municipalidad recurrente de protección era competente para cobrar derechos municipales por la prestación solicitada, no encontrando el juez supremo (considerando 9°) que el ejercicio de la potestad de fijación de derechos municipales hubiera sido ejercido de manera infundada, injusta o producto de un capricho [sin que se expresara razonamiento alguno que fundamentara esa afirmación], por lo cual no habría en dicha fijación un acto ilegal o arbitrario, no obstante

que con anterioridad sólo cobraba 28 UTM. Y dichos dictámenes controladores serían ilegales

“al haber establecido la recurrida una diferencia arbitraria en relación con otros contribuyentes que en la misma posición jurídica pagan los derechos municipales que se le regulen”

lo que vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución, por lo cual los deja sin efecto.

Verdaderamente sorprende que se ampare al Municipio recurrente por este derecho que le habría sido conculcado por las Contralorías Regional y General en circunstancias que en el proceso de protección no aparece ningún otro contribuyente como parte y sin que nadie hubiera solicitado tal protección como tal. Es decir, se ha protegido a quien nada ha pedido al tribunal, a quienes ni siquiera se han apersonado ante él y sin que el tribunal se encontrara solicitado por el agravio del derecho que finalmente termina protegiéndolo y, lo que es peor aún, que ni siquiera le es aplicable a la Municipalidad que recurre, desde que lo que realmente le agraviaba era que debía devolver lo cobrado, es decir la “propiedad” sobre esos dineros que ya había recibido (art. 19 N° 24, en la medida que se acepte que es un “derecho de propiedad” lo que posee un organismo estatal administrativo sobre los fondos que recibe del presupuesto de la Nación o adquiere por su propia actividad).

Una vez más nos encontramos con la sorprendente actividad jurisdiccional suprema, ahora en protección, en que simplemente se ampara en protección a un Municipio que pretende efectuar cobros de montos disparatados por derechos municipales, sin que sea controlado en su fijación expoliatoria y que cuando interviene la Contraloría General de la República para poner coto a esa arbitrariedad –ejerciendo las facultades que al efecto el ordenamiento le ha atribuido– un tribunal y supremo, sin fundamento racional y aplicando soluciones que son propias de otras acciones procesales, con otros procedimientos y otros poderes jurisdiccionales, otorga protección transcribiendo considerandos de fallos anteriores inaplicables en estos procesos de amparo de derechos fundamentales e incluso con argumentaciones incoherentes.

Cuánto interés tiene, pues, comentar con detención fallos judiciales y especialmente si son supremos; allí uno puede conocer verdaderamente lo que son los jueces, su destreza o desconocimiento en el manejo del derecho público y cómo pueden llegar hasta confundir conceptos, procedimientos y pretensiones procesales en este campo, con grave perjuicio del Derecho como instrumento de justicia (y no instrumento de poder

o de dominación) y de la protección de los derechos de las personas, que es, en último término, por lo cual existen el Derecho mismo y hasta los mismos jueces.

### *Bibliografía*

- ACTAS CONSTITUCIONALES. *Antecedentes y textos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- ARÓSTICA, Iván, “El trámite de la toma de razón de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Público* N° 49 (1991) pp. 131-168.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29/2001, pp. 149-159.
- LEWIS, Sebastián, “Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano contralor”, *Revista de Derecho Administrativo* (Chile) N° 8/2013, 129-152.
- NÚÑEZ, Manuel Antonio, “Titulares y sujetos pasivos de los derechos constitucionales”, *Revista de Derecho Público* 63/2001, pp. 200-208.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 3ª edición, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 2/1999, pp. 399-403