

Análisis de jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en materia de control de juridicidad sobre actos administrativos fundados en mérito, oportunidad y conveniencia.

[Analysis of administrative jurisprudence of the Chilean's General Office Comptroller in matters of control of legality on administrative acts based on merit, opportunity and convenience.]

IGNACIO FELIPE QUEZADA GONZÁLEZ¹

RESUMEN

Este trabajo analiza los conceptos de mérito, oportunidad y conveniencia, su dificultad para definirlos, su tratamiento dentro de la discrecionalidad administrativa y en contraposición a legalidad, su exención de control y posteriormente analiza los casos en que la Contraloría General de la República ha decidido ejercer el control de juridicidad sobre esta especie de actos administrativos.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad administrativa – mérito – oportunidad – conveniencia – jurisprudencia administrativa – Contraloría General de la República

ABSTRACT

This paper analyzes the concepts of merit, opportunity and convenience, their difficulty in defining them, their treatment within administrative discretion and as opposed to legality, the exemption from control and then analyzes the cases in which Chilean's General Office Comptroller has decided to exercise the control of legality on this kind of administrative acts.

KEYWORDS

Administrative discretion - merit - opportunity - convenience - administrative jurisprudence - Comptroller General of the Republic

* Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

I. NOCIONES PREVIAS

1. *Discrecionalidad jurídica y administrativa*

Discrecionalidad jurídica ha sido definido de muchas formas, de entre ellas, para este estudio usaremos la sistematización efectuada por Linfante, para quien *consiste* en aquella que viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, ausencia de estándares jurídicos que guíen la solución, ausencia de enjuiciabilidad o carácter último de la decisión; *y a cómo se origina*, ya sea como consecuencia de conferir un poder o de la ausencia o indeterminación de las normas o materiales jurídicos².

Siendo la actividad material y jurídica de la Administración cada vez más intensa y protagónica en nuestro país, el ejercicio de la potestad dictaminante, de fiscalización y control de las Superintendencias en materias ambientales, hídricas, mineras, laborales, etc.; la potestad sancionatoria, ordenadora, de fiscalización y control, además de la facultad disciplinaria son ejemplos de la fuerte presencia de la actividad administrativa³. Sumado al aumento de la potestad reglamentaria, la cual también es una potestad discrecional y la discrecionalidad técnica.

A pesar de aquello, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una definición de discrecionalidad administrativa, ni normas explícitas sobre su control, mas solo encontramos referencias al fenómeno discrecional. Por ejemplo, la del artículo 30 de la ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales estableciendo que la sentencia “tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”⁴.

La doctrina discute en torno a la localización de la discrecionalidad administrativa dentro de la lógica formal de la norma administrativa, si existe discrecionalidad en el supuesto de hecho de la norma, si en las consecuencias jurídicas o en ambos. La doctrina clásica o francesa sostiene que existe en ambas. La doctrina moderna o alemana llamada *Rechtsfolgeermessen* o doctrina de las consecuencias jurídicas sostiene que en el supuesto de hecho de la norma no hay discrecionalidad, sino que hay apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, que son definidos como “aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos”⁵. Esta teoría sostiene que existe una única respuesta correcta frente al concepto que la Administración debe encontrar, por lo tanto, sería objeto de control externo.

García de Enterría considera como un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta. Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo serían: justo precio, utilidad pública, urgencia, circunstancias

² LINFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica* (España, Universidad de Alicante, 2002), p. 415.

³ HUEPE ARTIGAS, Fabián, *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad* (1ª edición, Concepción, Chile, Thomson Reuters, 2018), p. 28.

⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 3), p. 50.

⁵ PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General*. (12º Edición, Barcelona, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1992), p. 792.

excepcionales, orden público, etc. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Esta teoría ha sido matizada en los conceptos de halo de incertidumbre y margen de apreciación, que entrañan una idea muy similar a la de discrecionalidad⁶.

2. *Actos reglados y actos discrecionales*

En Derecho administrativo, tradicionalmente se ha clasificado a los actos administrativos como reglados y actos administrativos discrecionales en atención al grado de libertad con que cuenta la Administración para emitirlo. Cuando el acto administrativo es reglado el administrador solo debe actuar si se cumplen los supuestos legales para emitir el acto, mientras que el acto discrecional es aquel en que la ley otorga la facultad de actuar donde el emisor decide en virtud de aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia decisión que, de comprobarse que está bajo los supuestos que indica la norma no puede ser revisada por un tercero distinto del jerarca. En otras palabras, es “acto administrativo reglado cuando la ley o el reglamento lo prevé expresamente y determina, más o menos rigurosamente, su contenido, su forma, su oportunidad. El acto es, en cambio, discrecional, cuando la ley o el reglamento dejan cierta libertad o discreción en cuanto a oportunidad y medios en su ejecución”⁷. Para ello, el administrador debe valerse de la emisión de valores acerca de la oportunidad y la conveniencia para la práctica de determinado acto. Esto es lo que se llama mérito administrativo⁸. El legislador atribuye poderes públicos, esto es “potestades”, es decir poderes jurídicos de imposición, *para satisfacer* necesidades públicas, y obviamente éstas se satisfacen únicamente en cuanto se adopten las medidas, actos o decisiones más idóneas y pertinentes, más adecuadas y convenientes a ese fin, vale decir, conducentes y precisas para ello⁹.

3. *La oportunidad: núcleo justificante de las decisiones discrecionales*

La discrecionalidad comporta la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (economía, social, organizativa)¹⁰ y consecuentemente le otorga cierta libertad *infra legem* de la Administración en el campo de la actividad discrecional, lo que determina dos tipos de

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (Madrid, España, 1962), p. 173.

⁷ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1952), p. 135-136.

⁸ DE CASTRO, Juventino; CALIMAN, Maysa, *A possibilidade de revisão do mérito do ato administrativo discrecionário frente aos princípios constitucionais*, en Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública 1 (2015), p. 250.

⁹ SOTO KLOSS, Eduardo, *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos. Notas para un mejor entendimiento del problema*, en Revista de Derecho Público 43/44 (2016), p. 122.

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Madrid, España, Editorial Tecnos, 1994), p. 92 y ss.

discrecionalidad: la política y la técnica. La primera es aquella en la que el contenido del acto se determina por factores de equidad, de oportunidad o de conveniencia política; en cambio, la llamada discrecionalidad técnica es aquella que está dependiendo de un dictamen técnico previo, cuya valoración definitiva queda librada al prudente arbitrio de la Administración. Esos elementos que constituyen e integran la discrecionalidad, sea ésta la política o la técnica, representan el llamado “mérito” del acto administrativo; si entre dicho mérito y el fin que se invocó para emitir el acto hay discordancia, el acto pertinente estará viciado de “in oportunidad”¹¹.

Balbín, sostiene que la discrecionalidad y la oportunidad son dos conceptos fuertemente entrelazados y casi imposibles de escindir en términos prácticos. ¿Por qué? Porque una vez que nos ubicamos en el campo de la discrecionalidad y que, por tanto, el ejecutivo puede elegir entre dos o más opciones igualmente válidas, el criterio o el móvil de aquél para resolver el caso es el mérito, la conveniencia o la oportunidad. Éste es el motivo por el cual el ejecutivo resuelve, en el caso concreto y singular, de un modo y no de otro. Por ello, el carácter discrecional, insistimos, es la posibilidad del ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente; y, por su parte, el criterio de oportunidad es el motivo por el cual el ejecutivo, en el caso puntual, eligió una de esas soluciones entre varias posibles¹². Así, “la ley puede dejar a la Administración espacios de apreciación y decisión más o menos amplios en lo que respecta a la oportunidad (cuándo se actúa o decide), la conveniencia (definición de condición de posibilidad a la democracia. actuar o abstenerse de hacerlo), diversos intereses públicos presentes en el ordenamiento jurídico que requieren ser conciliados (“interés primario” e “interés secundario”) y el objeto (qué decisión o actuación es la que corresponde adoptar o emprender)¹³.

Existiendo discrecionalidad (con el alcance que se haya conferido) se otorga al órgano un espacio para que en razón del mérito u oportunidad concrete el interés público en una medida administrativa específica¹⁴. El problema es que el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstiene de entrar en el fondo¹⁵.

En contrario, Cassagne afirma que la oportunidad no está en la entraña de la discrecionalidad. Lo que si se halla en la raíz de la discrecionalidad administrativa es el arbitrio o la opción volitiva de la Administración que, en cualquier caso, puede ser tanto reglada como discrecional y que, cuando reviste esta última calidad, se encuentra sometida siempre a control. Continúa señalando que “De esa manera ningún acto es totalmente discrecional, y siempre tendrá algunos elementos que deberán ser observados obligatoriamente por el administrador público con ocasión de su elaboración”¹⁶.

¹¹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I – Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y Administración Pública. Organización administrativa* (Argentina, Editorial La ley, 1996), pp. 7-15.

¹² BOYLE, Ignacio, *Análisis de la discrecionalidad administrativa*, en Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica (2017), p. 13.

¹³ FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio, *La función administrativa discrecional y la consulta indígena*, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 24 N° 2 (2017), p. 188.

¹⁴ FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio, cit. (n. 13), p. 189.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, cit. (n. 6), p. 167.

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial* (Argentina, La Ley, 2018), p. 16.

II. DIFICULTADES PARA DEFINIR MÉRITO, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA

1. *Inexistencia de un concepto legal*

La ley solo hace referencia a este concepto -o conceptos- para excluirlos del control realizado por la Contraloría, pero no se encarga de definir su alcance y contenido. El artículo 21 B de la ley 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República prescribe que “*La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas*”. Del tenor del artículo se desprenden tres conceptos que entrarían en este juicio de oportunidad¹⁷: el mérito, la conveniencia y la oportunidad.

Ante la inexistencia de la definición legal, debemos atender al sentido natural y obvio de estas palabras a fin de iniciar el camino que nos lleve a precisar su contenido, que para estos efectos el diccionario de la Real Academia Española, que define mérito como “valor o importancia de una cosa, digno, merecedor, benemérito”; oportunidad como “momento o circunstancia oportunos o convenientes para algo” y conveniencia como “utilidad o provecho”.

Su valoración, por lo general, se asocia a los elementos políticos del acto. También puede entenderse como la conveniencia y utilidad del acto, su adopción a la obtención de los fines genéricos y específicos que con la emanación del acto se pretende obtener. El mérito, entonces, constituye un valor de contenido relativo, porque engloba aspectos diversos que, en términos generales, los autores llaman conveniencia u oportunidad.

El control de mérito suele oponerse al control jurídico, en el sentido que en este último no caben las apreciaciones subjetivas o políticas. El criterio dominante califica al control de mérito como uno de carácter político, que se caracteriza por ser contingente y coyuntural, con criterios subjetivos, pues sus juicios no se basan en elementos preestablecidos normativamente. Además, es realizado por órganos políticos, como la Cámara de Diputados, lo que supone por definición que no es imparcial y técnico. Su formulación se caracteriza por apreciaciones que se formulan sobre bases de doctrinas, ideologías o concepciones filosóficas que conducen a la formulación de juicios de conveniencia, mérito o de oportunidad sobre lo obrado o no por el gobierno.

El mencionado juicio de valor, entonces, calificará de meritorio el acto si sus efectos fueron oportunos, es decir, si respondieron prácticamente a las necesidades del momento; convenientes, esto es si fue de utilidad para las apetencias colectivas; y eficaces, vale decir si el acto resultó pleno en sus consecuencias y en sus fines¹⁸.

2. *Uso de los conceptos de forma indistinta por parte de la doctrina*

Al no haber consenso respecto al punto anterior, ni la doctrina comparada y ni la local dan una definición unánime de cada uno de estos tres conceptos, sino que los distintos autores aportan

¹⁷ El concepto juicio de oportunidad es proporcionado por la doctrina francesa y jurisprudencia del Consejo de Estado Francés.

¹⁸ MUÑOZ CID, Manuel Ángel, *El control de mérito frente a las auditorías “3E” de la Contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* 10 (2017), p. 134.

cada uno su matiz a la definición de este concepto. Aun más los autores prefieren tratarlos como una sola voz, como Boyle que lo simplifica a la forma en que la administración interpreta el concepto de interés público en un caso concreto¹⁹.

Así en Brasil, María Sylvia Z. Di Pietro señala que el mérito sólo existe en los actos discrecionales y es el aspecto del acto administrativo relativo a la conveniencia y la oportunidad. Celso Antônio Bandeira de Mello define mérito administrativo como el campo de libertad supuestamente en la ley que, efectivamente, venga a seguir en el caso concreto, para que el administrador, según criterios de conveniencia y oportunidad, se decida entre dos o más soluciones admisibles ante él, teniendo en vista la exacta atención de la atención el propósito legal, dada la imposibilidad de ser objetivamente reconocida cuál de ellas sería la única adecuada. de Castro y Caliman afirman que el mérito corresponde a un análisis valorativo del acto practicado, en cuanto a su adecuación, igualdad, justicia e incluso si es cierto o incorrecto, bueno o malo, frente al interés público a lograr²⁰.

En Chile, Soto Kloss señala que es útil precisar que la oportunidad difiere conceptualmente de la conveniencia de la decisión, a pesar que suele usarse en el lenguaje corriente mérito, oportunidad y conveniencia como términos sinónimos; la conveniencia dice referencia no al cuando sino al que, es decir con la adecuación de medio a fin que ha de tener la decisión adoptada por la autoridad en relación con la plena, eficiente y concreta satisfacción de la necesidad pública específica puesta bajo su competencia por la ley para resolverla; esa decisión adoptada ha de ser el medio idóneo, adecuado, proporcionado, preciso, que satisfaga hin et nunc la específica necesidad pública de que se trata en un caso dado²¹.

3. *Alusión a cuestiones extrajurídicas*

En una primera aproximación conceptual, la oportunidad se constituye por el conjunto de circunstancias no previstas por la ley y que son remitidas a la apreciación del que produce el acto. La legalidad por el contrario es el conjunto de elementos previstos que el acto debe poseer para ser conforme a la misma.²² Se ha entendido el mérito, oportunidad o conveniencia como cuestiones extrajurídicas que dicen relación con aspectos de utilidad y no de juridicidad de una decisión administrativa. En palabras de Sánchez Morón, “La discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (economía, social, organizada), según los casos”²³. En este mismo sentido, Dromi señala que el mérito es la exteriorización del principio de oportunidad, relacionado con la observancia de normas de buena administración. Manuel María Díez entiende por oportunidad la calidad de aquello que es oportuno y es oportuno lo que conviene; de una manera general, lo que convenga a una situación dada, de tiempo, lugar, circunstancias.²⁴

¹⁹ BOYLE, Ignacio, cit. (n. 12), p. 9.

²⁰ DE CASTRO, Juventino; CALIMAN, Maysa, cit. (n. 8), p. 250.

²¹ SOTO KLOSS, Eduardo, cit. (n. 9), p. 126.

²² MARTINES USEROS, Enrique, *Desviación de poder* (España, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 1955), p. 415.

²³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, cit (n. 10), p. 92 y ss.

²⁴ HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit (n. 3), p 336.

Por no tratarse de cuestiones jurídicas, no serían pasibles de control, puesto que de serlo el órgano de control estaría administrando, es decir efectuando un juicio de optimización, al estimar que la razón que el órgano de control es mejor (más útil, más provechosa o conveniente). Pero estimo que si el órgano traspassa los límites de razonabilidad o legalidad estricta de su decisión mediante un criterio negativo (el acto es irrazonable, irracional, arbitrario, desproporcionado, etc.) implica un juicio de juridicidad o legalidad. El acto se torna ilegal no porque se cuestionen aspectos de mérito, oportunidad o conveniencia, sino porque en realidad se ha utilizado este argumento para “encubrir” o “esconder” una ilegalidad (arbitrariedad) en las potestades de la Administración, o bien porque esos aspectos pasan a ser justificaciones totalmente irrazonables para la emisión del acto y en tales casos no puede suprimirse el control de legalidad.

4. *Uso como un argumento a priori para exención de control*

Uno de los objetivos principales de este trabajo es analizar si la evaluación de cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia es usado como un argumento jurídico *a priori*, es decir la Administración intenta una exención del control jurídico argumentando que, por tratarse de una cuestión de mérito, oportunidad o conveniencia, no cabe la revisión del acto administrativo, porque admitir ello sin más, significa claramente utilizar una excusa, un pretexto fundado en el principio de separación de poderes usado para evitar el control jurídico de la decisión administrativa, lo que no es aceptable en un Estado Democrático de Derecho. La Corte Suprema expresa “Que es conveniente señalar que el control que se ejerce por la presente vía no se encuentra naturalmente destinado a evaluar aspectos de mérito de las actuaciones cumplidas en un sumario administrativo. Por ello, resulta un planteamiento erróneo del actor intentar que por esta instancia jurisdiccional se revise la investigación y la decisión a que se arriba sobre la base del mérito establecido por el funcionario a cargo de aquella investigación en la vista o dictamen evaluado al término de la misma: y finalmente la medida terminal adoptada”²⁵.

5. *¿Confusión entre el fondo y el mérito?*

Por último, dentro de esta investigación se observa en los operadores jurídicos y como consecuencia directa de los puntos anteriores la confusión entre aspectos de fondo y aquellos que obedecen a mérito, oportunidad y conveniencia. ¿Qué es, a ciencia cierto, el mérito establecido por el fiscal en el sumario? porque si el mérito es el conjunto de antecedentes (hechos y calificación jurídica de los mismos) que tuvo a la vista para proponer la sanción y, asimismo, mérito es también el conjunto de antecedentes y argumentos que tuvo en vista el Jefe de Servicio para sancionar, significa que no se puede revisar si habían o no antecedentes suficientes para proponer la sanción y tampoco se puede revisar si el Jefe de Servicio contaba o no con suficientes antecedentes para dictar la medida disciplinaria, o incluso más, no es revisable si habían “suficientes razones” para proponer y dictaminar una medida disciplinaria. De ser así esto ¿Qué quedó del principio de control jurisdiccional de la Administración o de la tutela judicial efectiva como pilares y baluartes del Estado de derecho? Si clasificamos el mérito, lo no corregible es el mérito político o el mérito de utilidad o conveniencia, que es una cuestión extrajurídica y no el “mérito jurídico” que claramente es competencia del control y eventual corrección jurídica²⁶. La Corte Suprema no define ni señala cuales fueron esos aspectos de mérito y además entiende por cuestiones de mérito cuestiones que

²⁵ Corte Suprema, Rol N° 1952-2010. Citado por HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n. 3), p 340.

²⁶ HUEPE ARTIGAS, Fabián, cit. (n 3), p. 341.

no lo son, pues señala que las alegaciones de fondo del reclamante serían cuestiones de mérito, cuando en realidad se refiere a hechos y calificación jurídica.

Otra confusión se observa en el dictamen de Contraloría N° 1.970 del 21 de enero del 2019: “Ahora bien, es necesario hacer presente que la calificación de los criterios, factores y antecedentes que estime pertinente considerar la autoridad respectiva para definir si las instalaciones de telecomunicaciones situadas en los inmuebles fiscales que se concedieron en arrendamiento a Entel PCS Telecomunicaciones S.A. se encontrarían vinculados al proyecto, en opinión de los recurrentes, de índole social ya referido -y que estaría regulado mediante el anotado concurso público y que fue adjudicado a Will S.A.-, constituyen aspectos de mérito, conveniencia u oportunidad de una decisión administrativa, circunstancia que compete a la Administración activa -en lo que interesa, a la referida SEREMI-, por cuanto tal decisión queda comprendida dentro de sus atribuciones delegadas. Ello a fin de definir si aplica la regla general en materia de cobros por arrendamientos de inmuebles fiscales o la excepción contemplada en el propio Manual, en los términos anotados en el presente pronunciamiento”. Dicho considerando constituye un grueso error puesto definir si aplica la regla general o la excepción es una cuestión de interpretación de la ley y de calificación jurídica de los hechos, a realizarse con el fin de determinar si objetivamente se configura una o la otra en el caso concreto, por lo que aquellas materias constituyen cuestiones de legalidad sujetas al examen de Contraloría. Aquello que podría tenerse como mérito oportunidad o conveniencia, y en consecuencia no sujetos a control son la calificación y evaluación de criterios, factores y antecedentes que estime pertinente la autoridad para decidir tanto si contrata y en el momento en que lo hace, concediendo en arrendamiento u otra figura como en las condiciones en que le sea conveniente hacerlo.

En este sentido la interpretación del sentido de la ley, para el pronunciamiento judicial, no grava la discrecionalidad, sino le reconoce sólo con fines; no penetra en la esfera de la libertad administrativa, tan sólo le señala los contornos; no invade el mérito del acto ni se interna en evaluaciones controvertibles, sino recoge la significación posible en función del texto, del contexto y de la ordenación normativa como un todo, profundizando hasta el punto en que puede extraer razonablemente de la ley una dirección cierta e inteligible²⁷.

6. *Binomio legalidad-oportunidad*

La dicotomía entre legalidad y oportunidad o si se prefiere, entre legalidad y mérito, oportunidad y conveniencia ha sido desarrollada por razones políticas en el caso de Francia y técnicas en Italia, siendo la principal consecuencia que se desprendía de la utilización del concepto técnico de oportunidad por parte de la jurisprudencia francesa, que era la incompetencia del Consejo de Estado para apreciar dicha oportunidad en relación con los actos que juzgaba, se encuentra hoy morigerada por la característica que permite controlar la apreciación de los hechos y por la admisión del control de oportunidad en supuestos de arbitrariedad o de errores manifiestos en la apreciación de los supuestos fácticos²⁸. Visto el primero de ellos como la adecuación solución jurídica en base

²⁷ GUZMÁN, Lionel, *El control de la discrecionalidad administrativa en Chile* (Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2001), p. 45.

²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *La Discrecionalidad Administrativa* (Argentina, Foro Jurídico 2009), p. 222-223.

al ordenamiento vigente, o sea, la conformidad con el derecho; y el segundo de ellos en virtud del vínculo con las circunstancias constitutivas del núcleo de acción administrativa²⁹.

Esta nomenclatura, reconocida tanto en el Derecho español como en el Derecho chileno para diferenciar cuáles eran los aspectos que podía entrar a controlar el juez y cuáles no, dicho de otra forma, para expresar los límites del control judicial- y en general el control externo-, siendo la oportunidad y la conveniencia aspectos ajenos a ese control. Como ya se mencionó, se reconoce que la oportunidad en el ejercicio de una potestad discrecional es un ámbito que puede encontrarse comprendido por la discrecionalidad de la Administración cuando la norma jurídica no señale la oportunidad o el momento exacto en el que la misma debe ejercer sus potestades administrativas. En este caso este aspecto sería un ámbito privativo de la autoridad administrativa y sólo le corresponderá a ella determinar el momento en el que ejercer o no sus potestades para el cumplimiento de las funciones asignadas.

En Chile, Pierry sostiene que el control de la legalidad puede llevar a la anulación de un acto administrativo por ser ilegal, nunca por ser inoportuno. El control de la oportunidad escapa a la labor del juez y hacerlo constituiría una sustitución de la función administrativa. Sin embargo, la distinción entre calificación jurídica de los hechos y control de la exactitud material de ellos con el control de la oportunidad aparece en muchos casos muy difícil de determinar. Existe una zona dentro de la cual el juez oscila en el borde de estas dos formas de control. Muchos casos pueden encontrarse en la jurisprudencia de los países donde tales concepciones se aplican, en que el juez aparece realmente controlando la oportunidad³⁰. Este autor considera que existen otros casos en que la apreciación de la oportunidad hecha por el juez parece tener fundamento, especialmente en lo tocante a las restricciones a las libertades públicas. El juez podría determinar que un acto administrativo es ilegal señalando que la autoridad apreció erradamente los hechos y que éstos no justificaban la medida tomada. Quizás el juez, tratándose de derechos fundamentales, deba reconocerse competente para traspasar la frontera del control de la legalidad y entrar al control de la oportunidad. Sin perjuicio de lo anterior, puede haber casos en que el juez esté facultado para controlar la oportunidad al entrar al examen de los hechos, Esto ocurre cuando la legalidad de una decisión está condicionada por la ley al hecho de ser necesaria. En estos casos, el juez deberá necesariamente, para controlar la legalidad, examinar la oportunidad de la medida³¹.

En cambio, Soto Kloss sostiene que “si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas, son legales”. “La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad... oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador”. En suma, este autor sostiene que la oportunidad del acto integra su legalidad, pero no se advierte, en cambio, de qué modo práctico podrían los órganos que hoy controlan legalidad efectuar también un control integral de oportunidad³². “La oportunidad y la conveniencia integran pues la juridicidad

²⁹ ARIAS GAYOSO, Grethel, *A vueltas con la discrecionalidad administrativa* (Santiago, Cuba, Universidad de Oriente, 2016), p. 138.

³⁰ PIERRY ARRAU, Pedro, *El control de la discrecionalidad administrativa* (Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984), p. 179.

³¹ PIERRY ARRAU, Pedro, cit (n. 30), p. 181.

³² SOTO KLOSS, Eduardo, “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República” (Santiago, Chile, Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977, 2012), p. 182.

misma de su actividad, que le han sido atribuidas potestades determinadas para lograr esos fines precisos y específicos, de modo idóneo y eficaz”. El ejercicio de poderes jurídicos por parte de órganos administrativos está finalizado, pues persiguen satisfacer determinadas necesidades públicas, lo que significa utilizar los medios adecuados para lograr su solución, y lograr solución es actuar de manera eficaz, esto es, oportuna y convenientemente. Considera el mérito o control de mérito del acto administrativo una falsa perspectiva considerando nuestro ordenamiento y el argentino producto de una inserción normativa de un concepto foráneo que no encaja, perturba y hasta torna inentendible el propio sistema nuestro, el cual no obedece al esquema francés de la “separación de poderes” sino de “separación de funciones”, que es el de nuestro ancestro castellano indiano. Esto ha implicado aceptar una dicotomía enteramente inaceptable en un régimen republicano como el nuestro, no resistente a un análisis ni de técnica ni de lógica jurídica. El régimen republicano supone por esencia la igualdad en el Derecho, es decir que todos los sujetos están obligados por la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad, que no hay sujetos que puedan estar fuera del Derecho o inmunes a sus mandatos, como asimismo la responsabilidad de todos los sujetos por los daños antijurídicos que cometan. Toda persona está sujeta, por consiguiente, al principio de juridicidad, pues es el derecho quien la estructura, conforma y rige. Ese principio de juridicidad está configurado como una vinculación positiva al derecho, como su condicionamiento correspondiendo al legislador la atribución de las potestades públicas determinando su estructura como el ámbito de su ejercicio³³.

III. ROL DE LA CONTRALORÍA EN EL CONTROL DE LEGALIDAD DE UNA DECISIÓN FUNDADA EN MÉRITO, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA

Extensión del control externo a la Administración realizado por Contraloría

El control de la administración corresponde primero al jefe de la Administración del Estado que es el presidente de la República como prescribe el inciso primero del Artículo 24 de nuestra Constitución “*El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado*”. Además del presidente de la república, el control interno de los actos administrativos es ejercido por el mismo órgano que lo emite y en especial por el jerarca o el jefe de servicio del órgano y conocido con el nombre de control jerárquico, que se manifiesta en las facultades de revocación e invalidación de los actos administrativos.

En cuanto al control administrativo externo distinguimos entre el control externo administrativo, con las facultades de las Superintendencias en las materias de su competencia y labor de la Contraloría General de la República quien examina la legalidad de los actos de la Administración del Estado, y el control externo jurisdiccional de la Administración.

Sobre la naturaleza del control este es de juridicidad y su límite se encuentran en el ya citado artículo 21 B de la ley 10.336 de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, es decir la evaluación de aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.

La misma Contraloría fija normas que regulan las auditorías efectuadas por la Contraloría General de la república en la Resolución N° 10, de fecha 3 de marzo de 2015 precisa en su artículo

³³ SOTO KLOSS, Eduardo, cit. (n. 9), p. 123-124.

23 Mérito o Conveniencia: “Con motivo de las auditorías, en cualquiera de sus modalidades y formas, la Contraloría General no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas y administrativas”.

1. Doctrina clásica o restrictiva

Frente a la extensión y límites del control surge esta teoría, sustentada por Arturo Aylwin Azócar quien señala que “cuando la Contraloría General de la República estudia el decreto o resolución debe hacerlo en términos de establecer que se cumplen adecuadamente todos y cada uno de los requisitos que exigen la Constitución o las leyes, pero lo que el Organismo Contralor no podrá hacer es representarlo porque, a su juicio, importa un costo económico o social muy elevado, o porque no es oportuno de acuerdo a un parámetro de prioridades de atención de las necesidades públicas. Y no podrá hacerlo porque las materias referidas solo pueden ser materia de un control de eficiencia, de mérito, de oportunidad o de resultado, que es de incumbencia de la propia Administración”³⁴.

Continúa preguntándose, ¿Podría la Contraloría representar un decreto que ordena la ejecución de la obra de ampliación del Metro de Santiago hasta La Florida, basado en el hecho de que el trazado más conveniente es otro, que resulta menos costoso? ¿podría representar una resolución de un jefe de servicio mediante la cual se llena una vacante basado en que existe un número adecuado de funcionarios? ¿Podría representar un decreto que ordena la adquisición de un tipo de vehículos para la Administración Pública porque, a su juicio, existen otros que serían más convenientes para los intereses del Estado? La respuesta negativa es obvia. Y, por el contrario, es obvio que cada una de las respuestas sería afirmativa si se tratase de control de mérito.

Finalmente, expresa “lo que está vedado al Organismo Contralor, cuando toma razón de un decreto o resolución, es efectuar un control de conveniencia o mérito, circunstancias todas que califica la propia Administración. De este modo no le compete a la Contraloría General reprochar la libre apreciación de las circunstancias que la autoridad administrativa ha considerado para atender la necesidad pública, como tampoco puede representar una decisión que, dentro de los marcos legales, ha sido estimada por dicha autoridad como la más pertinente, idónea, conveniente, para la satisfacción de la necesidad pública que corresponda. Todos ellos son aspectos propios del control de mérito, conveniencia u oportunidad”³⁵.

Alejandro Vergara Blanco indica que la Contraloría mediante auditoría externa no puede evaluar “los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas” (artículo 21 B); ya que estas cuestiones quedan reservadas a la Administración del Estado y a la decisión política del Gobierno. Precisamente aquí estriba el *quid* del problema: debe hacerse una diferenciación seria entre Gobierno y Administración por una parte y el control de normas, de aseguramiento del patrimonio público y de la probidad que efectúa Contraloría General de la República, por otra. En suma, gobernar y administrar son funciones o tareas distintas a las de controlar, y por ende la competencia del organismo contralor debe ser ejercida con sujeción a legalidad, eficiente y oportunamente para no significar un entramamiento de la marcha del Estado.

³⁴ AYLWIN AZÓCAR, Arturo, *Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón. Cuadernos de análisis jurídico* (Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1992), p. 65.

³⁵ AYLWIN AZÓCAR, Arturo, cit. (n. 34), p. 77.

Será más difícil llegar a determinar en forma preventiva si en un acto sometido a la toma de razón se infringen los principios de eficiencia y eficacia, a menos que ello se deduzca claramente de los antecedentes de hecho de este. El asunto es que estando claros los hechos, se califique el derecho, lo que incide en aspectos como el cumplimiento de los fines y la idoneidad y proporcionalidad de los medios utilizados, lo que ya no forma parte sólo del mérito o del resultado de la medida adoptada, sino en la juridicidad del acto. Esto adquiere importancia en el proceso de adjudicación en las licitaciones o propuestas y procedimientos de concursos u oposiciones³⁶.

2. *Doctrina, que llamaremos extensiva:*

Ahora, pese a la doctrina clásica consideramos que calificar una materia como de legalidad o de mérito es una cuestión que no se debe tomar tan a la ligera, de hecho, llega a ser el punto clave de este estudio porque el artículo 21 B de la ley 10.336, como hemos señalado establece una exención de control. De esta forma frente a los actos administrativos discrecionales fundados en mérito, el único que podría pronunciarse sobre revocar un acto de tales características como señale sería el jefe de la misma repartición que dictó el acto, teniendo aquel mecanismo la misma eficacia que un recurso de reposición: un mero saludo a la bandera.

Ante tal situación, como hemos dicho en todo este trabajo, al ser llevado al extremo, justificaría la existencia de un coto de inmunidad de jurisdicción, pues ni los Tribunales de Justicia ni la Contraloría General de la República ejercen debidamente el control de juridicidad bajo el argumento de no sustituir la decisión del órgano y de paso afectar el principio de separación de poderes, pues hacerlo podría conllevar control del mérito, oportunidad y conveniencia. Como afirma Silva Bascuñán, “si la competencia del Contralor comprende conocer y puntualizar los hechos que motivan el acto administrativo, no queda por cierto incluida en su tarea la apreciación de la conveniencia o inconveniencia del acto relacionado a la situación que lo genera, ni formular juicios acerca de la mayor o menor racionalidad, solidez o adecuación que se presenta dicho acto desde el punto de vista del problema que lo causa”³⁷.

La sustracción legal de los aspectos de mérito o conveniencia, que impide expresamente que la Contraloría General evalúe el mérito o la conveniencia de las decisiones de la Administración debilita, cuando menos la aplicación de instrumentos de control de la actuación administrativa asentados en el Derecho comparado, como el principio de proporcionalidad³⁸. Lo anterior motiva ciertos cuestionamientos, como, por ejemplo, ¿Tiene sentido invertir cuantiosos recursos en un control que no puede examinar plenamente algo tan crítico como la discrecionalidad de las decisiones administrativas? ¿Se justifica un examen siempre sujeto a revisión judicial, esto es, que admite por definición una superposición de controles?

Incluso, algunos autores han postulado que la Contraloría debe ejercer revisión en los ámbitos de mérito, oportunidad y conveniencia de las decisiones administrativas, en función de la finalidad positivizada, como es, la atención y satisfacción de la necesidad pública respectiva, en un

³⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro; ZÚÑIGA, Francisco, *Contrapunto sobre el rol de la CGR*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008) 2, p. 398.

³⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 175.

³⁸ RAJEVIC MOSLER, Enrique, *La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad*, en *Revista de Derecho Público Universidad Alberto Hurtado* 69 (2016), p. 50-51.

marco de continuidad, permanencia, eficacia, eficiencia, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que el derecho impone. Sin embargo, este planteamiento resulta excesivo, por cuanto la finalidad del trámite de toma de razón es determinar si el acto administrativo se ajusta a derecho, a fin de resguardar la integridad del ordenamiento jurídico, gozando incluso de poderes impeditivos; lo que, de alguna de alguna forma, podría ser conciliable con la revisión de aspectos materiales del acto administrativo, pero no en cuanto al mérito o conveniencia de la decisión³⁹.

“Disociar la legalidad administrativa y la determinación de la oportunidad y la conveniencia al dictar un acto administrativo para dejar a esta determinación como una parte de la decisión administrativa incontrolable, como lo son la inoportunidad o la inconveniencia, que escapan a la legalidad, lo cual permite que el Ejecutivo dicte actos contra derecho, pero como en Chile la Contraloría debe evitar la dictación de actos contra derecho, resulta que ésta necesariamente debe entrar a ponderar la conveniencia y oportunidad del actuar administrativo”⁴⁰.

En el mismo sentido Muñoz comparte lo expresado por Aróstica, que entiende que la prohibición contemplada en el art. 21 B de la LOCGR ha de leerse como un modo de afianzar la autonomía constitucional de la CGR, en cuanto le pone a salvo de tener que atender razones políticas o gubernamentales para aprobar o rechazar la juridicidad de un acto administrativo. Ese precepto en ningún caso puede modificar el control de legalidad mandatado por el art. 98 de la CPR, de modo tal que nunca razones subalternas de mérito o conveniencia podrán evitar un pronunciamiento cabal sobre la juridicidad de fondo del acto examinado (incluida su razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y recta finalidad), sea que se haya dictado en ejercicio de competencias regladas o discrecionales. En cambio, considero que tal análisis no significa sustituir ni ponderar el juicio de oportunidad, sino la realización del pleno control de juridicidad al cual Contraloría está llamado constitucionalmente a efectuar⁴¹.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema no cuestiona la discrecionalidad entregada a la autoridad para determinar la oportunidad de ejercer sus potestades discrecionales aun cuando en un pronunciamiento ha señalado como excepción que las mismas deben ser ejercidas dentro de un plazo razonable, sumándose esta limitación a las excepciones que se han hecho valer para el control preventivo de legalidad que se lleva a cabo por Contraloría General de la República, en virtud del cual el control es procedente cuando existe establecido un plazo de actuación en la propia norma, así como cuando producto de una actuación inoportuna o tardía la Administración no cumpla de forma eficaz y eficiente con su función pues a partir de esto último puede configurarse una responsabilidad civil extracontractual para el Estado por falta de servicio. En este contexto es necesario determinar por tanto si estas excepciones, especialmente el control mediante el principio de razonabilidad en relación con el plazo, pueden extenderse y consolidarse y cuál sería la justificación jurídica que permitiría que el juez pudiese abarcar estos aspectos tradicionalmente ajenos a su control en nuestro Derecho⁴².

³⁹ MADARIAGA CAMPILLAY, Alejandra, *La colaboración de la Contraloría General de la República en la toma de decisiones administrativas*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* 23 (2016), p. 184.

⁴⁰ FIAMMA, Gustavo, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?” (Santiago, Chile, Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977, 2012), p. 198-199.

⁴¹ MUÑOZ CID, Manuel Ángel, cit. (n. 18), p. 141.

⁴² VALDÉS PÉREZ, Mariela Alejandra, *La discrecionalidad administrativa y su control judicial en el derecho chileno, a la luz del derecho español* (España, Universidad de Valencia, 2016), p. 332.

Pese a lo dicho en este acápite, la jurisprudencia administrativa ha señalado, entre los años 1979 y 2005, que el control de mérito o finalidad de los actos administrativos corresponde a la Administración activa y no a la Contraloría, de manera que constituyen competencias privativas estos controles, de lo cual se deduce que estos elementos no forman parte del parámetro de control objetivo. En los últimos años y siguiendo este razonamiento, el Ente Superior de fiscalización ha delimitado claramente cuál es su postura frente a la materia, por lo que reafirmando la misma, dicho organismo de control ha expresado recientemente que: “...es necesario tener presente que la determinación de las condiciones que se plasmen en las bases corresponde a una facultad que debe ejercer la Administración activa en su ámbito de competencia, materia sobre la cual esta Contraloría se encuentra impedida de pronunciarse, por cuanto el artículo 21 B de la Ley N° 10.336, dispone que con motivo del control de legalidad o de las auditorías que realice, no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (aplica criterio contenido en dictamen N° 18.473, de 2013, de este origen)”⁴³.

IV. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Por las consideraciones precedentes es menester revisar si la Contraloría General de la República y los órganos de la administración del Estado en sus presentaciones ante ella han empleado de una manera correcta el artículo 21 B de la ley 10.336 o han extendido su aplicación a materias que escapan del fin de la norma, es decir si en la práctica el ente administrativo funda su actuar en razones de oportunidad escondiendo aspectos de juridicidad que si son controlables por la Contraloría. Nuestro objeto será determinar la proporción de casos en que existe un control y aquellos en que no, así como determinar si la exención de control establecida en el 21 B ha dificultado el control de legalidad. Analizaré si en la práctica jurisprudencial esta indeterminación normativa de los conceptos mérito, oportunidad y conveniencia, constataremos si esto produce una forma de evadir el control jurídico que es esencialmente irrenunciable en un Estado Democrático de Derecho.

1. Muestra a analizar y datos estadísticos:

Se analizarán dictámenes de la Contraloría General de la República, utilizando la plataforma informática de que dicho órgano se sirve, mediante la búsqueda de las palabras “mérito, oportunidad y conveniencia”. Dicho en el período desde 2014 a 2019, arroja un total corresponden a 130 dictámenes. En este estudio, se pretende dilucidar cómo interpreta la Contraloría la prohibición que el artículo 21 B le establece, si existen excepciones o razones que permitan llevar a cabo el control a pesar de aquel; además de responder a la incógnita de si este artículo es usado como argumento por los órganos sometidos a control para eximir de control sus decisiones.

En la siguiente tabla se presentan los resultados del análisis jurisprudencial:

Año (orden de estudio en lista de dictámenes)	Ejerce control, prevención o alcance	Exención de control, argumento <i>a priori</i>	Muestra total de dictámenes
2019 (1-17)	1 (5,88%)	16 (94,11%)	17
2018 (18-30)	3 (23,07%)	10 (76,92%)	13

⁴³ MADARIAGA CAMPILLAY, Alejandra, cit. (n. 39), p. 185.

2017 (31-44)	7 (50%)	7 (50%)	14
2016 (45-66)	6 (27,27%)	16 (72,72%)	22
2015 (67-93)	5 (18,5%)	22 (81,48%)	27
2014 (94-130)	13 (35,13%)	24 (64,86%)	37
	35 (26,92%)	95 (73,07%)	130

Conclusiones estadísticas del examen jurisprudencial

La primera conclusión de esta revisión indica que, por regla general el 21 B se afirma como una excepción *a priori* del control, ya que en 95 dictámenes de un total de 130 no se realiza control de legalidad citando el artículo 21 B, lo que corresponde a un 73,07% de la muestra.

El número de dictámenes en que se observa algún tipo de control, ya sea ordenando al órgano corregir el acto de conforme a derecho, informar sobre ciertas materias o algún alcance o prevención para aquel acto o los actos discrecionales que dicte hacia futuro el órgano controlado corresponden a 35 de un total de 130 dictámenes, lo que se traduce en la existencia de control en más de un cuarto de la totalidad, precisamente 26,92%, lo que podría considerarse hasta sorprendente debido al carácter mayoritario de la doctrina contraria al control y la jurisprudencia anterior a este periodo consonante con aquella. Nos parece que dicho porcentaje refleja un feliz avance para el control de juridicidad de los actos administrativos.

Los años en que se presentó con más fuerza este control son 2017 y 2014 y 2016, el primero de estos años presenta alguna especie de control en la mitad de los dictámenes analizados en este periodo, mientras que los demás 35,13% y 27,27% respectivamente. Los tres periodos mencionados se encuentran por sobre la media de control en el periodo estudiado.

Los años en que hubo mayor argumento *a priori* o exención de control son 2019, 2015 y 2018 con 94,11%, 81,48% y 76,92%, respectivamente. Incluso en el año 2019 solo en un dictamen se observó alguna especie de control.

Del análisis por separado de cada uno de estos años, se observa que el universo de dictámenes disminuye progresivamente, de 37 en el 2014 a 17 en el 2019. Estimo que dicho dato estadístico pese a ser negativo no significa de por sí que se siga manteniendo en el tiempo, pues puede obedecer a diversos factores cuya determinación y enumeración escapan del objeto de trabajo y porque tampoco se refleja en la cantidad de dictámenes objeto de control, que se mantuvo variable el período observado.

2. Casos de control y principios

Sin más preámbulos he extraído de aquellos dictámenes que realizan en alguna u otra medida un control a la Administración en esta materia, los cuales he clasificado en base a los principios jurídicos que inspiran el control.

Principios de eficiencia y eficacia

El primer dictamen a estudiar es pronunciado a requerimiento del Presidente de la

Federación de Trabajadores del Cobre, quien consulta sobre los alcances del dictamen N° 18.850 del mismo año, la Contraloría aclara que en tal dictamen se ha limitado a exigir a CODELCO la observancia de un estándar mínimo de acción, en su calidad no solo de empresa estatal, sino también de administradora de recursos públicos, al manifestar que esta debe ajustar su actuar a los principios de eficiencia, eficacia y probidad, lo que, en términos simples, implica que las decisiones que adopte sean racionales y tiendan a la efectividad de la propia empresa desde la óptica de los aludidos principios aplicables a todo órgano público sin alterar ni las facultades del directorio de la empresa ni el derecho de sus trabajadores de negociar colectivamente.

Es muy ilustrativo y nos indica primero que los principios en comento no son solo principios orientadores sino que constituyen aspectos de legalidad que no importan introducirse en el juicio de mérito, oportunidad y conveniencia exponiendo que si bien esta Entidad de Control tiene la facultad de fiscalizar a la Corporación Nacional del Cobre -en adelante, CODELCO- en relación con los aspectos que indica, la que debe ajustar tanto su gestión como sus trabajadores a los principios de eficiencia, eficacia y probidad; surge la inquietud sobre la posibilidad de que este Organismo de Control, invocando tales principios, pueda coartar la facultad del directorio de dicha empresa estatal para comprometer recursos en los procesos de negociaciones colectivas o planes de egreso que realice. Asimismo, afirma que la eficiencia y eficacia son principios orientadores, que no tendrían la naturaleza de norma legal, y que la revisión de su cumplimiento por esta Contraloría General podría implicar un control de mérito o conveniencia (...).”

Finalmente, en lo relativo a que, a juicio del requirente, la eficiencia y eficacia no tendrían la naturaleza de norma legal y su verificación por esta Entidad Fiscalizadora podría importar un control de mérito u oportunidad, cabe recordar que el inciso segundo del artículo 3° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece que los órganos que la integran están sujetos, entre otros, a los principios de eficiencia y eficacia. Como manifestaciones de aquello, entre otras disposiciones legales, el artículo 5° impone a las autoridades y funcionarios el deber de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos; el artículo 11 consagra que el control que indica se extenderá a la eficiencia y eficacia; el artículo 53 dispone que el interés general exige una gestión eficiente y eficaz, y el artículo 62 N° 8 establece como falta grave al principio de probidad administrativa, la contravención de los deberes de eficiencia y eficacia, en las condiciones que indica.

En consecuencia, a diferencia de lo sostenido por el requirente, la eficiencia y eficacia sí tienen la naturaleza de normas legales, ya que constituyen principios y deberes concretos que deben ser observados por las personas que desempeñen funciones públicas, en los términos que establece la aludida ley N° 18.575, como sucede con los directivos y trabajadores de la empresa por la que se consulta (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 84.990 y 89.805, ambos de 2014, entre otros)”⁴⁴.

En el mismo sentido el dictamen dirigido por la concejala de la comuna de Empedrado y el ex edil de dicha comuna solicitando reconsideración del Informe Especial N° 453 de 2016 señala que “es menester recordar que este Órgano Fiscalizador con motivo de las auditorías, no se encuentra facultado para evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas administrativas, siempre que ellas se realicen conforme a las normas jurídicas, en resguardo del

⁴⁴ Contraloría General de la República, 13-X-2017, N° 36.602.

patrimonio público, de la probidad administrativa y no afectaren los principios de eficiencia, eficacia y economicidad consagrados en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575.

Luego, es dable indicar que, a diferencia de lo sostenido por el reclamante, esta Entidad de Control mediante el informe de investigación especial impugnado no se ha referido a la pertinencia de la decisión de la autoridad municipal en orden a autorizar la capacitación de que se trata, sino que ha observado la legalidad de ella, en particular, si se cumplía la exigencia normativa para su procedencia de encontrarse directamente relacionada con la gestión municipal, constatándose, de los antecedentes tenidos a la vista en esa oportunidad, que ella no cumplía con dicho requisito por lo que no correspondió que el órgano comunal solventara con recursos municipales la referida actividad, por lo que se debe desestimar, en este punto, la alegación formulada por el interesado⁴⁵.

El dictamen en respuesta solicitud de reconsideración del Informe de Investigación Especial N°465 de 2016, presentado por dos ex concejales de Colbún, señala que “es menester precisar que este Órgano Fiscalizador con motivo de las auditorías, no se encuentra facultado para evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas administrativas, siempre que ellas se realicen conforme a las normas jurídicas, en resguardo del patrimonio público, de la probidad administrativa y no afectare los principios de eficiencia, eficacia y economicidad consagrados en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575.

Otra precisión realiza el Ente Contralor en el dictamen que resuelve sobre eventuales irregularidades en licitación pública convocada por la Municipalidad de Independencia: “En otro orden de consideraciones, es necesario tener presente que la determinación de las condiciones que se plasmen en las bases corresponde a una facultad que debe ejercer la Administración activa en su ámbito de competencia, materia sobre la cual esta Contraloría General se encuentra impedida de pronunciarse, por cuanto el artículo 21 B de la ley N° 10.336, dispone que con motivo del control de legalidad o de las auditorías que realice, no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (aplica criterio contenido en dictamen N° 18.473, de 2013, de este origen).

Lo anterior, no obstante que este Organismo Fiscalizador, en virtud de lo establecido en los artículos 98 de la Constitución Política de la República; y 1°, 9°, 16 y 21 A de la ley N° 10.336, ya mencionada, entre otras disposiciones, se refiera a la juridicidad de las actuaciones de la Administración, con el objeto de velar por el respeto a los preceptos y principios fundamentales que rigen los procedimientos de licitación y las respectivas contrataciones (aplica criterio contenido en el dictamen N° 41.269, de 2014, de este origen).

Así, y en lo que concierne al rechazo por parte de la Comisión de Apertura de las propuestas cuyas ofertas económicas fuesen inferiores al 95% disponible, cumple señalar que, según prevé el artículo 6° de la ley N° 19.886, “Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros”, y que “En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones”.

Luego, y en el mismo orden de ideas, el citado decreto N° 250, de 2004, preceptúa en su

⁴⁵ Contraloría General de la República, 27-IV-2017, N° 15.001.

artículo 20, inciso segundo, que “La entidad licitante no atenderá sólo al posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir del bien y/o servicio. En la determinación de las condiciones de las bases, la entidad licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que pretende contratar y ahorro en sus contrataciones”.

Asimismo, el artículo 37 del mismo decreto prescribe, en lo que atañe a este pronunciamiento, que “La evaluación de las ofertas se efectuará a través de un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido en cada una de las ofertas”, en tanto su artículo 38, en lo que importa, indica que “Los criterios de evaluación tienen por objeto seleccionar a la mejor oferta o mejores ofertas, de acuerdo a los aspectos técnicos y económicos establecidos en las bases” y que “Las entidades licitantes considerarán criterios técnicos y económicos para evaluar de la forma más objetiva posible las ofertas recibidas”.

Pues bien, considerando que las BAE que rigieron la convocatoria, dispusieron en la letra a) del numeral 6.3 “Obligaciones Comisión de Apertura”, que era deber de dicha delegación rechazar las ofertas cuando la económica fuese inferior al 95% disponible, es dable colegir que la disposición en comento contraviene los principios de eficiencia y de ahorro que debe observar la Administración en sus contrataciones, toda vez que al restringir la competencia respecto del factor económico, impide alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del servicio y sus costos asociados (aplica criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s 71.953, de 2011; 53.650, de 2014 ; 55.416 y 62.716, ambos de 2015, todos de este origen).

En mérito de lo expuesto, ese municipio deberá adoptar las medidas necesarias a fin de evitar la reiteración de situaciones como la acontecida⁴⁶.

En el dictamen pronunciado sobre la decisión contenida en la Circular IF N° 207 de 2013 de la Superintendencia de Salud de dejar sin efecto obligación de Isapres de remitir archivo sobre selección de prestaciones valorizadas precisa el contorno controlable sin entrar al mérito, dictando “Ahora bien, en cuanto a las alegaciones formuladas por la recurrente relativas a la conveniencia de la medida de que se trata, es pertinente destacar que revisar la procedencia y oportunidad de las decisiones que la autoridad adopte, en relación a las atribuciones y funciones que le encomienda la ley, significa evaluar aspectos que se refieren al mérito de esas determinaciones, los cuales son propios de la Administración activa, tal como este Organismo Contralor lo ha manifestado entre otros, en los dictámenes N°s. 11.815, de 2008 y 59.682, de 2014.

Por ende, dado que el requerimiento de la especie incide en decisiones que le corresponde adoptar a la autoridad administrativa del sector respectivo, no procede que esta Contraloría General emita un pronunciamiento sobre la materia, sin perjuicio de que pueda examinar su legalidad, en los términos contenidos en el presente pronunciamiento y sin que lo anterior impida a este Ente de Control hacer presente que, tal como lo precisa el artículo 53 de la ley N° 18.575, el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz⁴⁷.

⁴⁶ Contraloría General de la República, 18-VIII-2016, N° 61.067.

⁴⁷ Contraloría General de la República, 18-V-2015, N° 39.719.

En denuncia en contra de la Dirección Nacional de Logística de Carabineros de Chile respecto a plazos máximos de entrega en procesos licitatorios, Contraloría pretende hacer análisis de la legalidad que rodea a la decisión de mérito, pero el pronunciamiento termina sin reproche por la mala justificación argumental y probatoria del reclamante que no logra generar convicción en el contralor “Sobre el particular, el inciso primero del artículo 6° de la ley N° 19.886 en relación con el inciso primero del artículo 20 de su reglamento, aprobado por el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, prevé que las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Agrega su inciso tercero que “En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones”.

A su vez, el inciso tercero de su artículo 10 preceptúa que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción a las bases administrativas y técnicas que los regulen, que siempre serán aprobadas previamente por la autoridad competente.

Luego, el artículo 22, N° 5, del aludido decreto N° 250, establece como contenido mínimo de los pliegos de condiciones “El plazo de entrega del bien y/o servicio adjudicado”.

Ahora bien, es necesario recordar que la determinación de las condiciones que se plasmen en las bases corresponde a una facultad que debe ejercer la Administración activa en su ámbito de competencia, materia sobre la cual esta Contraloría General se encuentra impedida de pronunciarse, por cuanto el artículo 21 B de la ley N° 10.336, dispone que con motivo del control de legalidad o de las auditorías que realice, no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (aplica criterio contenido en dictamen N° 18.473, de 2013, de este origen).

Lo anterior, por cierto, no obsta a que este Organismo Fiscalizador, en virtud de lo establecido en los artículos 98 de la Constitución Política de la República; y 1°, 9°, 16 y 21 A de la ley N° 10.336, ya mencionada, entre otras disposiciones, se refiera a la juridicidad de las actuaciones de la Administración, con el objeto de velar por el respeto a los preceptos y principios fundamentales que rigen los procedimientos de licitación y las respectivas contrataciones.

En ese contexto normativo y jurisprudencial corresponde pronunciarse acerca de la denuncia realizada por el interesado y la suficiencia de los medios aportados en su presentación, a fin de concluir la pertinencia o no de iniciar una investigación sobre el particular”.

Pese a la poderosa declaración anterior, totalmente en concordancia con la postura planteada en esta memoria, la denuncia es desestimada pues no se dirige en contra de algún funcionario o situación en particular que haga presumir que los adjudicados contaron con información privilegiada que los haya puesto en una situación de ventaja sobre el resto de los oferentes, además de falta de antecedentes sustentatorios, genera que no revisten la cantidad y suficiencia necesaria en orden a que esta Entidad Fiscalizadora adquiera la convicción acerca de la verosimilitud de dicha denuncia, por lo que no se pronuncia más allá de lo citado⁴⁸.

⁴⁸ Contraloría General de la República, 10-VI-2014, N° 41.269.

Principio de coordinación

El dictamen más reciente en este sentido indica claramente que el “MBN, en ejercicio de las potestades y funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico en relación a la administración de los bienes del Estado, posee amplias facultades para suscribir, en lo que interesa, contratos de arrendamiento sobre inmuebles fiscales, determinación que, en sus aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad, le corresponde a dicha cartera, sin la intervención de otros organismos públicos. No obstante, lo anterior, tiene el deber de respetar el principio de coordinación establecido en el artículo 5° de la ley N° 18.575, en razón del cual se estipuló expresamente que el arrendatario debe dar cumplimiento a la normativa sectorial vigente y que aun en caso de que no se señalara dicha obligación, esto recae sobre aquel, lo cual es sin perjuicio de la fiscalización que le corresponde a los Órganos de la Administración, en sus ámbitos de competencia.

Ello, sin perjuicio, desde luego, de la obligación que recae en los organismos que integran la Administración del Estado, tanto a nivel nacional como en el ámbito regional, provincial o local, de coordinarse y actuar de manera uniforme, funcionando con eficiencia y eficacia, evitando la duplicidad o interferencia de funciones, con el objeto de hacer cumplir el ordenamiento jurídico y velar por el interés general por sobre el particular”.⁴⁹

Rechazo a las preferencias arbitrarias o discriminatorias

Esta forma de control no es sino consecuencia de la aplicación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y aplicación del principio de probidad. En efecto el dictamen en requerimiento respecto de contratación por trato directo en capacitación para concejales de la Municipalidad de Valdivia señala que “[la] determinación de si un concejal asiste a una actividad de capacitación obedece a consideraciones de mérito, oportunidad o conveniencia que tiene que ponderar la autoridad municipal, deben adoptarse siempre los resguardos que resulten del caso a fin de velar porque no exista discriminación o preferencia, por causa alguna -edad, sexo, raza, condición o afinidad política, entre otros- respecto de ciertos concejales de la comuna”⁵⁰.

Destacable es el dictamen en presentación de la Dirección de Compras y Contratación Pública en que Contraloría repara a la municipalidad de Vallenar por incluir un criterio de evaluación afectando la libre concurrencia de los participantes, en atención a que según este estudio sistemáticamente Contraloría rechazaba *a priori* examinar tales decisiones porque competen exclusivamente a la Administración Activa, en este sentido “es necesario recordar que la elección de los criterios que componen la respectiva evaluación, su ponderación y asignación de puntajes, constituyen aspectos de mérito, conveniencia u oportunidad que compete calificar a la Administración activa (aplica dictámenes N°s. 67.491, de 2015, y 77.815, de 2016).

Sin embargo, cabe señalar que al establecer en las bases los criterios de evaluación de los oferentes, no es procedente incluir factores que por su sola consideración resulten discriminatorios, en términos de excluir a los demás oferentes que no puedan cumplir con aquellos.

Si bien la Municipalidad de Vallenar se encontraba facultada para incorporar en el pliego

⁴⁹ Contraloría General de la República, 27-XII-2018, N° 31.981.

⁵⁰ Contraloría General de la República, 07-VI-2018, N° 14.235.

de condiciones que rigió la licitación de que se trata, los criterios de evaluación en análisis, la elevada ponderación asignada a los mismos -que en conjunto supera el 50% del puntaje total de la calificación respectiva- infringió los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo e igualdad ante las bases, puesto que en la práctica, ello significó que la ubicación geográfica de los proveedores resultara un factor decisivo, cuestión que deberá evitar en lo sucesivo”⁵¹.

No discriminación en la asignación de actividades de capacitación

En presentación de concejales de la Municipalidad de Lota, denunciando supuestas irregularidades vinculadas con cometidos ordenados a su respecto, por parte del alcalde de ese municipio, la Contraloría procede aplicar a las capacitaciones el criterio contenido en el dictamen N° 5.500, de 2016 -relativo al trato igualitario que debe existir en la asignación de los medios de apoyo a los concejales para el cumplimiento de sus funciones-, en el sentido que, si bien su disposición depende de las consideraciones de mérito, oportunidad o conveniencia antes referidas, deben adoptarse siempre los resguardos que resulten del caso a fin de velar porque no exista discriminación o preferencia, por causa alguna -edad, sexo, raza, condición o afinidad política, entre otros- respecto de ciertos concejales de la comuna.

Si bien desestima la existencia de discriminación señala muy didácticamente que “A ese respecto, es dable anotar que los cometidos de que se trata constituyen una instancia de cumplimiento de una función institucional, de modo que la determinación en orden a si aquellos se autorizan, debe adoptarse teniendo en cuenta diversas consideraciones de mérito, oportunidad y conveniencia, de las cuales dependerá, entre otros aspectos, qué autoridades municipales deberán ejecutar tal labor, sin que, por cierto, proceda entender, que la sola existencia de disponibilidad presupuestaria para afrontar los gastos que ella irroque implique que el correspondiente encargo deba ser aprobado (aplica dictamen N° 25.468, de 2012).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que, en la asignación de los medios a los concejales para el cumplimiento de sus funciones, los municipios deben dar un trato igualitario a aquellos, de manera que no exista discriminación o preferencia, por causa alguna -edad, sexo, raza, condición o afinidad política, entre otros- respecto de los ediles de la comuna (aplica dictamen N° 5.550, de 2016) (...).

A su turno, en lo referido al medio de transporte -bus-, aprobado para la realización de los cometidos de que se trata, cumple con prevenir que ello constituye un asunto de mérito, oportunidad o conveniencia, cuya determinación corresponde a esa entidad edilicia, en consideración, entre otros, aspectos a su disponibilidad presupuestaria, debiendo en todo caso, dar un trato igualitario a todos los concejales”⁵².

Proporcionalidad en la determinación de tarifas

En materia de tarifas de señalización marítima, quizás el dictamen que mejor expresa la postura que defendemos en esta memoria al recordar a la repartición en comento que la

⁵¹ Contraloría General de la República, 15-V-2018, N° 12.286.

⁵² Contraloría General de la República, 24-III-2016, N° 22.892.

determinación de los montos de las tarifas no son absolutamente discrecionales, sino que deben ser proporcionales al gasto que le significa al órgano, exponiendo que “Se ha dirigido a esta Contraloría General don Jorge Marshall Rivera, en representación de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., solicitando un pronunciamiento sobre la legalidad de las tarifas por señalización marítima fijadas por el decreto N° 427, de 1979, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Tarifas y Derechos de la Dirección del Litoral y Marina Mercante (actual Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, DIRECTEMAR).

Expone, en síntesis, que el Ministerio de Defensa Nacional ha fijado tarifas excesivas, que no se condicen con el gasto que la respectiva actividad le significa a la DIRECTEMAR, como se demostraría del estudio que acompaña, lo que, a su juicio, vulnera el principio de proporcionalidad que rige a toda actividad estatal.

Requerido informe, el Ministerio de Defensa Nacional y la DIRECTEMAR manifestaron, en resumen, que el decreto N° 427, citado, fue dictado en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 169 del decreto ley N° 2.222, de 1978, Ley de Navegación, y que fue tomado razón por esta Contraloría General, por lo que no caben los cuestionamientos que el recurrente efectúa respecto de su legalidad; y que la fijación de las correspondientes tarifas obedece a una facultad discrecional de la Administración.

Por su parte, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones informó que el decreto N° 427 y sus modificaciones han sido firmados por esa Secretaría de Estado atendida la atribución contenida en el aludido inciso segundo del artículo 169 de la Ley de Navegación y las razones de mérito, oportunidad y conveniencia que le corresponde ponderar.

Sobre el particular, se debe tener presente en primer término que, atendido el principio de gratuidad de la función pública, los organismos de la Administración del Estado no pueden cobrar por las funciones que en conformidad con el ordenamiento jurídico deben cumplir, salvo que la ley expresamente los autorice para ello (aplica dictamen N° 74.093, de 2012). (...) Como puede apreciarse, el artículo 169 de la Ley de Navegación facultó expresamente al Presidente de la República para determinar, en lo que importa, las tarifas que puede cobrar la DIRECTEMAR por los servicios que preste, pudiendo fijar, entre otros aspectos sus modalidades y demás características. (...) Ahora bien, en lo que se refiere al monto de dichas tarifas y su proporcionalidad, cabe recordar que al regular ese tipo de cobros, se debe respetar el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, y 2° de la ley N° 18.575, así como los de racionalidad y proporcionalidad, pues las facultades conferidas por el legislador a la autoridad no pueden ejercerse de manera arbitraria ni discriminatoria (aplica criterio contenido en el dictamen N° 70.518, de 2010).

Dentro del contexto normativo citado, resulta del caso precisar que si bien el referido artículo 169 del decreto ley N° 2.222, no señala criterios o mecanismos a los cuales deba ceñirse el Ministerio de Defensa Nacional para fijar las tarifas que deba cobrar la DIRECTEMAR por los servicios que presta, entre ellos el que motiva la presentación en estudio, y cuyas tasas no están determinadas por la ley, tal circunstancia no puede implicar que establezca, a su arbitrio, montos cuya proporción no se condiga con los costos de la actividad pertinente (aplica criterio contenido en el dictamen N° 4.101, de 2003).

Lo anterior, por cuanto dicha atribución tiene como natural limitante, el que se deba considerar los gastos que se generen con motivo del cumplimiento de las mencionadas funciones, no pudiendo, por tanto, introducirse, para ese efecto, elementos o costos ajenos o que no digan relación con el desarrollo de tales actuaciones (aplica criterio contenido en el dictamen N° 10.258, de 2006).

De este modo, cabe concluir que la fijación de las tarifas a cobrar por los servicios de señalización marítima no puede ser sino el fruto de un proceso razonado, fundado en el imperativo de cubrir los gastos que implica para la DIRECTEMAR la eficiente realización de las actuaciones relativas a esa actividad, debiendo considerar para tales efectos no sólo los costos directos, sino que también los indirectos o asociados.

Al respecto, cabe agregar que en el estudio citado por el recurrente para demostrar que las tarifas cuestionadas serían excesivas se consigna en la página 26, que “el objetivo del trabajo no fue determinar si los costos asignados por Directemar a F&B corresponden realmente a la prestación del servicio, sino comprender la determinación de los costos y en base a ello establecer una estructura tarifaria eficiente”.

Atendido lo precedentemente expuesto, y considerando que el informe evacuado por esa superioridad no se pronuncia sobre los costos que tuvo en cuenta al fijar la tarifa en cuestión, deberá informar fundadamente al respecto, en el plazo de 20 días hábiles administrativos de recepcionado el presente oficio⁵³.

Principio de carrera funcionaria

Contraloría conociendo de una consulta relativas a concursos de promoción en la Dirección del Trabajo, realizada por la Asociación Nacional de Funcionarios del Trabajo de Chile concluye que a pesar de no tener plazo alguno no puede suspenderse indefinidamente la realización del concurso de promoción, pues la oportunidad para el llamado a promoción de cargos públicos está limitada por el principio de carrera funcionaria. “En el mismo sentido, en lo referente a la solicitud de realización de concursos de promoción estructurados como un solo proceso, en donde los postulantes puedan optar en forma genérica o conjunta a todos los grados que les benefician, es preciso apuntar que de conformidad al inciso 6° del artículo 53 del ya aludido Estatuto Administrativo, es facultativo para el jefe del servicio respectivo adoptar ese procedimiento.

Finalmente, cabe añadir que la convocatoria a concursos internos para proveer cargos vacantes en las diversas plantas de un servicio es una potestad cuyo ejercicio le compete a la respectiva autoridad, la que no está sometida a plazo alguno (aplica criterio contenido en los dictámenes Nos 55.469, de 2011, 79.391, de 2012, y 72.978, de 2014, de este origen).

En ese contexto, la determinación del mérito, oportunidad o conveniencia del llamado corresponde a la Administración activa, dentro del ámbito de sus atribuciones y, por ende, ajeno a la ponderación de este Órgano de Control, de modo que no resulta procedente ordenar a esa repartición que convoque a los pertinentes concursos en plazos específicos, como pretende la ocurrente.

⁵³ Contraloría General de la República, 02-III-2016, N° 16.577.

No obstante, lo expresado, cabe reiterar que el hecho que un servicio no se encuentre obligado legalmente a efectuar tales procesos en un plazo determinado, no implica que pueda suspender indefinidamente su realización, ya que ello atentaría contra la carrera funcionaria consagrada en el artículo 38 de la Constitución Política (aplica criterio contenido, entre otros, en los dictámenes Nos 55.469, de 2011 y 23.219, de 2014, de esta procedencia)⁵⁴.

Similar razonamiento se observa ante la denuncia de la Asociación de Funcionarios de la Defensoría Penal Pública porque tal servicio no ha efectuado convocatorias a concursos internos para proveer cargos vacantes, pero reforzado con los principios de celeridad y economía procedimental cuando “En ese contexto, la determinación del mérito, oportunidad o conveniencia del llamado corresponde a la Administración activa, dentro del ámbito de sus atribuciones y, por ende, ajeno a la ponderación de este Órgano de Control, de modo que no resulta procedente ordenar a esa repartición que convoque a los pertinentes concursos.

En consecuencia, si bien se advierte que ese servicio ha realizado gestiones necesarias para llevar a cabo el primer certamen de promoción interna en esa entidad, es menester que éste se materialice a la brevedad, en armonía con lo preceptuado en el artículo 8° de la ley N° 18.575, que impone a los órganos de la Administración la obligación de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, y al artículo 7° de la ley N° 19.880, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deben obrar de manera similar en la iniciación de los procedimientos de que se trate y en su prosecución, tal como ha concluido esta Institución Fiscalizadora, entre otros, en su dictamen N° 72.324, de 2013⁵⁵.

En la presentación del Diputado Fuad Chahin y otros respecto de llamados a concursos para cargos de jefe de departamento, especialmente en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, la Subsecretaría de Prevención del Delito, el Ministerio Secretaría General de Gobierno, el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Bienes Nacionales realiza la misma prevención “Como cuestión previa, es útil aclarar, en armonía con lo señalado por este Órgano Fiscalizador, entre otros, en el dictamen N° 28.275, de 2014, que el llamado a concursos para proveer cargos vacantes en las diversas plantas, es una facultad discrecional de la autoridad de la institución de que se trate, que no está sometida a plazo ni se encuentra regulada por la ley N° 18.834, por lo que la determinación del mérito, oportunidad o conveniencia de la convocatoria compete a la Administración activa, dentro del ámbito de sus atribuciones, sin que corresponda a esta Entidad de Control su ponderación, lo que tampoco implica que se puedan suspender indefinidamente, ya que ello atentaría contra la carrera funcionaria⁵⁶.

En el mismo sentido Contraloría instruye al Servicio de Vivienda y Urbanización de la región del Biobío señalando “sobre el particular, es necesario indicar que la convocatoria a certámenes para proveer puestos vacantes en las diversas plantas es una atribución discrecional de la respectiva autoridad del órgano de que se trate, que no está sometida a plazo alguno, por lo que la determinación del mérito, oportunidad o conveniencia del llamado corresponde a la

⁵⁴ Contraloría General de la República, 10-IV-2015, N° 27.932.

⁵⁵ Contraloría General de la República, 23-IX-2014, N° 72.978.

⁵⁶ Contraloría General de la República, 15-IX-2014, N° 71.694.

Administración activa, conforme a lo establecido, entre otros, en el dictamen N° 25.325, de 2013, de este origen.

No obstante, atañe mencionar también, que ello no implica que se pueda dilatar o suspender indefinidamente su realización, ya que esto atentaría contra la carrera funcionaria consagrada en el artículo 38 de la Constitución Política, tal como se desprende del criterio contenido en el dictamen No 5.542, de 2012, de esta Entidad Fiscalizadora.

En consecuencia, cabe concluir que conforme a sus facultades discrecionales en la materia, la autoridad puede concursar las vacantes que estime conveniente, sin que configure una infracción el que no se provea el total de cargos disponibles en los diversos grados de la planta respectiva mediante un certamen, cuya realización puede quedar supeditada no sólo a la disponibilidad presupuestaria sino también a otros aspectos que corresponde ponderar a la superioridad, en la medida, por cierto, que ello no conlleve aplazar continuamente su ejecución, como ya se indicó”.

Mismo criterio es asentado en reclamo respecto de concurso público en la Comisión Nacional de Riego “Finalmente, según lo ha manifestado este Órgano Fiscalizador en el dictamen N° 6.921, de 2011, la convocatoria a certámenes para proveer cargos vacantes en las diversas plantas, es una facultad discrecional de la superioridad de la institución de que se trate, que no está sometida a plazo alguno ni se encuentra regulada por la ley N° 18.834, por lo que la determinación del mérito, oportunidad o conveniencia del llamado compete a la Administración activa, dentro del ámbito de sus atribuciones, sin que corresponda a esta Entidad su ponderación, lo que no implica que se pueda suspender indefinidamente la convocatoria de esos concursos, ya que ello atentaría contra la carrera funcionaria, según se ha expresado en el dictamen N° 39.038, de 2010, de esta procedencia”⁵⁷.

Deber de motivación de los actos administrativos

Breve pero en forma precisa Contraloría corrige la siguiente actuación de la Policía de investigaciones en el siguiente considerando “De este modo, es posible inferir que tanto el otorgamiento como el cese de la asignación de máquina deben fundamentarse en el tipo de tareas que desarrolla el funcionario, y no en el lugar en que las efectúa, no pudiendo la extinción de dicho beneficio obedecer a razones de mérito, oportunidad o conveniencia, como pretende la Policía de Investigaciones de Chile”⁵⁸.

En reclamo de ilegalidad contra la Municipalidad de San Pedro, Contraloría precisa que la desvinculación por necesidades del servicio obedece a razones de mérito, oportunidad y conveniencia, pero a fin de constatar que no surge del mero capricho de la autoridad debe tener una fundamentación racional, indicando que “En este contexto, resulta útil anotar que acorde con el criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 33.452, de 2013, la desvinculación de un funcionario por la causal de necesidades del servicio faculta al empleador a disponer el cese de la relación laboral, basándose únicamente en una apreciación objetiva de las condiciones, tanto del establecimiento como del trabajador, no correspondiendo a este Ente Fiscalizador, de conformidad al artículo 21 B de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la

⁵⁷ Contraloría General de la República, 22-IV-2014, N° 28.275.

⁵⁸ Contraloría General de la República, 01-VIII-2017, N° 28. 578.

República, evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas de las autoridades.

Sin perjuicio de ello, es dable manifestar que según lo expresado en el dictamen N° 66.640, de 2014, si bien no es indispensable realizar trámites previos a la terminación del contrato por necesidades del servicio, tales como una eventual supresión del cargo o empleo, o acreditar que no existe la posibilidad de reubicar al funcionario dentro de la misma entidad, se exige que los actos de los órganos de la Administración del Estado tengan una motivación y un fundamento racional, ya que en virtud del principio de juridicidad, es importante constatar que estos no obedecen al mero capricho de la autoridad, sino que a criterios efectivos que le otorgan legitimidad, lo que debe analizarse en cada caso, sin que los antecedentes proporcionados permitan establecer en esta materia un actuar contrario a derecho por parte del municipio.

En atención a lo expuesto, se acoge la presentación de la especie, razón por la cual corresponde que la Municipalidad de San Pedro, a la brevedad, regularice las situaciones descritas precedentemente, e informe de las medidas adoptadas (...)”⁵⁹.

En la presentación de la concejal de la Municipalidad de Santiago sobre la procedencia de efectuar un trato directo, precisa, en conformidad con la doctrina citada en el estado de la cuestión de esta memoria el requisito de demostración efectiva y documentada de los motivos de tomar una decisión discrecional, es menester siempre de los órganos administrativos explicitar las razones en que fundan el juicio de conveniencia “En ese orden de consideraciones, cumple señalar que, correspondiendo al alcalde la dirección y administración superior del municipio, en su calidad de máxima autoridad, según lo dispuesto en el artículo 56 de la anotada ley N° 18.695, cuenta con facultades para adoptar una decisión como la de la especie, la cual incide en aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, a cuyo respecto no cabe intervención a este Ente Fiscalizador, en conformidad con lo prescrito en el artículo 21 B de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General (aplica criterio contenido en el dictamen N° 32.938, de 2014).

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la legalidad de la decisión acordada, conforme a los antecedentes tenidos a la vista, es pertinente manifestar que, siendo una contratación de servicios especializados inferiores a 1.000 unidades tributarias mensuales -según lo previsto en el aludido artículo 10, N° 7, letra m), del antedicho decreto N° 250-, el referido trato directo se ajustó a derecho.

Asimismo, cabe hacer presente que, cualquiera sea la causal que se invoque para un trato directo, no basta para fundamentarlo la sola referencia a disposiciones legales y reglamentarias, sino que, dado el carácter excepcional de esta modalidad, se requiere la demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya utilización se pretende, lo que, de la documentación acompañada, consta que se cumplió en la situación en cuestión (aplica criterio contenido en dictámenes N°s. 69.865, de 2012, y 80.806, de 2013).

En dicho contexto, es útil consignar que en la correspondiente resolución que autoriza la

⁵⁹ Contraloría General de la República, 27-II-2015, N° 16.246.

contratación directa, la entidad edilicia indica que se ha adoptado esa modalidad para la consultoría de la especie -que entrega el diseño y remodelación de la Plaza de Armas de Santiago-, atendido que tal labor demanda un alto grado de conocimiento intelectual y técnico en el desarrollo de proyectos del área del diseño en espacios públicos o de carácter histórico o patrimonial, y que el proveedor adjudicado poseía una vasta trayectoria en la materia, lo que se consideró razón suficiente para fundar la adquisición.

Ahora bien, para que se entienda cumplida la exigencia legal es menester -como se dijo- acreditar suficientemente la observancia de la causal invocada, lo que no obsta a que, con posterioridad a la dictación del acto administrativo que contenga la debida justificación de la misma, y durante la ejecución del contrato, se presenten incumplimientos o retrasos que podrían alterar la percepción de idoneidad del proveedor.

A este respecto, la municipalidad se encontraba obligada a supervisar que la prestación de la especie se procurara en armonía con los principios de eficiencia y eficacia contemplados en el artículo 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, lo que implica velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública; situación que -de los antecedentes tenidos a la vista- no ocurrió, por lo que dicho ente edilicio deberá, en lo sucesivo, arbitrar las medidas que correspondan, a fin de sujetarse a la citada normativa”⁶⁰.

El decano de Derecho de la Universidad de Chile solicitando reconsideración del Informe Final N° 201, de 2012 acierta totalmente en el sentido en que debe interpretarse el artículo 21 B de la ley 10.336, limitando su contorno en torno a la legislación que la administración no puede obviar al ponderar la conveniencia de sus actuaciones “Además, hizo presente que el artículo 21 B, de la ley N°10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, establece que este Órgano Fiscalizador “(...) con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrán evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas administrativas”, lo que confirmaría que esa facultad tiene discrecionalidad en relación con la decisión de la contratación basada en el mérito o la conveniencia que la propia entidad resuelva fundadamente, siempre que ello, como habría ocurrido en la especie según la autoridad, se realice conforme a las normas jurídicas, en resguardo del patrimonio público y de la probidad administrativa.

Añadió, que el informe de auditoría omite el inciso final del citado artículo 9° del reglamento, el cual señala expresamente que “No obstante, y en casos fundados, las Entidades podrán realizar sus procesos de contratación a través de Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa, en conformidad a lo establecido en la Ley de Compras y el artículo 10 y siguientes del Reglamento”. En tal sentido aduce que, al no haberse infringido el referido artículo 9° del reglamento, no puede configurarse la vulneración del artículo 64, letras a) y b), de la ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Por último, manifestó que el informe de auditoría en mención incurre en un error, puesto que el aludido artículo 65 del reglamento debe entenderse en armonía con el artículo 57 del mismo cuerpo normativo, y que, al tratarse de una contratación directa no procedía la publicación del contrato en atención al estricto cumplimiento del artículo 57, letra d), numerales 1 a 4, inclusive.

⁶⁰ Contraloría General de la República, 26-II-2015, N° 15.869.

Sobre el particular, cabe indicar, en primer término, que esta Contraloría General no se ha referido al mérito o conveniencia de la decisión de la autoridad universitaria en orden a contratar a una determinada empresa, sino a la falta de fundamento que existiría en la mencionada contratación directa, aspecto este último que en la presentación en análisis no se logró acreditar. Así, no aparecen suficientemente justificadas las razones que motivarían su procedencia, en especial las que permiten estimar fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen la seguridad y confianza atribuida a la entidad con la que se contrata (aplica criterio contenido en el dictamen N° 69.865, de 2012, de este Organismo de Control)⁶¹.

En el reclamo presentado en contra de las decisiones del Ministerio de Bienes Nacionales por no adjudicar el inmueble fiscal que indica al segundo mejor evaluado en el proceso concursal respectivo y declarar desierta la propuesta pública de enajenación es manifestada la exigencia de debida fundamentación como el revestimiento y escudo de la decisión basada en aspectos de mérito, concurriendo aquella no es posible ofrecer reparos al administrador “Ahora bien, en armonía con lo sostenido, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 17.601, de 1998 y 36.771, de 2000, de este origen, ha manifestado que el Presidente de la República, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, posee una facultad privativa y discrecional para decidir sobre la enajenación de inmuebles fiscales prescindibles, en la forma que considere más adecuada al interés fiscal, por lo que la autoridad administrativa se encuentra investida de atribuciones para determinar la oportunidad y conveniencia de enajenar tales bienes, de acuerdo al mérito de cada caso y las políticas fijadas al respecto, independientemente de las condiciones ofrecidas por el interesado en su compra.

A su vez, el dictamen N° 60.824, de 2004, expresó, en lo que interesa, que esa potestad ‘discrecional’, tanto en lo relativo a la decisión de vender un determinado bien raíz fiscal, como a la determinación de hacerlo en favor de una u otra persona, de ninguna manera ha de llevarse a cabo de modo arbitrario, sino con la debida fundamentación⁶².

Rechazo del argumento *a priori* incoado por el Servicio

Se añadió este último dictamen que rechaza la reconsideración solicitada por la Empresa de Ferrocarriles del Estado, pues es un claro ejemplo del argumento clásico invocado por los servicios para escapar de la fiscalización de la Entidad Superior de Control, relativo a que la materia a fiscalizar incide en aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia. “(...) EFE solicita la reconsideración de las observaciones aludidas, pues estima, en primer término, que los motivos para no proveer los recursos al contratista en forma oportuna, obedecen a razones de mérito, oportunidad y conveniencia orientadas al resguardo de sus intereses, de manera que conforme a lo previsto en el artículo 21° B de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, ésta no podría evaluar dichos aspectos con motivo de las auditorías que realice.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida en los dictámenes Nos. 868 y 33.359, ambos de 1993, 42.621, de 2007 y 24.091, de 2010, entre otros, ha manifestado que la función de cautelar la regularidad de las operaciones de los organismos citados en dicho artículo 16 importa comprobar que éstos sujeten su actuar al ordenamiento jurídico, esto

⁶¹ Contraloría General de la República, 24-XII-2014, N° 100.098.

⁶² Contraloría General de la República, 28-XI-2014, N° 92.850.

es, que cumplan con el principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, al que se encuentra sometida EFE.

Siendo ello así, no cabe sino concluir que la fiscalización que le corresponde ejercer a este Órgano Contralor comprende verificar que la ejecución del mencionado convenio mandato y de las demás acciones realizadas al amparo del mismo, se haya ajustado al marco jurídico pertinente.

En la especie, las observaciones en comento se han referido a la regularidad de las operaciones de EFE, dado que aquéllas se encuentran debidamente fundadas en la normativa aplicable, en el convenio mandato y su modificación, en los documentos que rigieron la licitación del reseñado proyecto -bases administrativas y técnicas, especificaciones técnicas y el contrato suscrito con COMSA de Chile S.A.-, en el decreto N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud -que aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo-, en la respectiva Declaración de Impacto Ambiental y en las normas técnicas y de seguridad de EFE.

En tales condiciones, y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, no se advierte de qué manera los reproches efectuados excederían el ámbito de las atribuciones de esta Entidad de Control o podría entenderse que versarían sobre aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, siendo del caso agregar que, en esta oportunidad, no se aportan nuevos antecedentes que permitan desvirtuarlos (...).

De este modo, EFE no puede desconocer su calidad de mandante ni los deberes de tal, reflejados en las citadas funciones de inspección y control, que fue lo que, en definitiva, se evaluó por este Ente Fiscalizador con ocasión del informe final N° 50, de 2011, y su posterior informe de seguimiento.

En consecuencia, no se ha acogido la solicitud de reconsideración planteada por EFE⁶³.

POSTURA Y CONCLUSIONES

El mérito, oportunidad y conveniencia es el núcleo de la discrecionalidad y ha sido entendido tradicionalmente como un juicio de valor único de la Administración, no susceptible de evaluación de un órgano externo, como la Contraloría General de la República, respaldado en una interpretación restrictiva del artículo 21 B de la ley 10.336. Dicha concepción no concuerda con el avance actual del Derecho Administrativo, ni con la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que reflejó que en el período de 2014 a 2019 la existencia de control, alcances o prevenciones en pronunciamientos jurídicos respecto a actos administrativos fundados en mérito, oportunidad y conveniencia en más de un cuarto de la muestra (26,92%), correspondiente a 35 dictámenes de un universo de 130, que han precisado su límite y ejercido control en base a principios del Derecho Administrativo, como la eficiencia y la eficacia, proporcionalidad, carrera funcionaria, no discriminación y el carácter vinculante para la Administración en las reglas del discurso racional, la debida fundamentación, motivación y el fin de los actos administrativos, que no escapa aquellos discrecionales. Todas estas precisiones corresponden al ejercicio del control de legalidad y caben dentro de la competencia de la Contraloría General de la República, no significando una evaluación

⁶³ Contraloría General de la República, 10-VI-2014, N° 41.110.

de aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, sino el examen de juridicidad, efectuado en armonía al Ordenamiento jurídico chileno en su conjunto, especialmente por los artículos 3, 11, 41 inciso cuarto de la LBPA; artículo 21 y 21 B de la ley 10.336; artículos 6 y 7 de la Constitución Política, por lo que el Contralor puede examinarlos, bastando la arbitrariedad que se pueda configurar para que el particular pueda incoar el examen de legalidad a Contraloría, pudiendo en definitiva el órgano contralor ordenar al Servicio corregir o dejar sin efectos un acto discrecional por contener una valoración irrazonable o violatoria de cualquier norma jurídica o de los principios señalados. Este retroceso de la oportunidad y el avance del control de juridicidad constituye un robustecimiento al Estado de Derecho y al control jurídico a la Administración. Dicho control no busca reemplazar per sé la función de Gobierno y Administración sino encaminarla y direccionarla en conformidad al ordenamiento jurídico vigente y sin duda servirá para establecer el Derecho a una buena Administración, así como a satisfacer a la opinión pública, con una ciudadanía cada vez más consciente de sus derechos, que valore y respete a las instituciones públicas porque cumplen con sus objetivos y están sujetas a control a fin de garantizar un buen manejo de los recursos públicos y establecer un efectivo juego de contrapesos entre los poderes del Estado. Para objeto de otro estudio quedará por qué los Tribunales de Justicia han sido reticentes a pronunciarse sobre estas materias, pese a que no existe norma que los inhabilite atendidos los artículos 76 de la Constitución Política Chilena y los artículos 1 y 4 del Código Orgánico de tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS Gayoso, Grethel, *A vueltas con la discrecionalidad administrativa* (Santiago, Cuba, Universidad de Oriente, 2016).

AYLWIN AZÓCAR, Arturo, *Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón. Cuadernos de análisis jurídico* (Valparaíso, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1992).

AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1952).

BOYLE, Ignacio, *Análisis de la discrecionalidad administrativa*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* (2017).

CASSAGNE, Juan Carlos, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*. (Argentina, La Ley 2018).

CASSAGNE, Juan Carlos, *La Discrecionalidad Administrativa* (Argentina, Foro Jurídico 2009).

DE CASTRO, Juventino; CALIMAN, Maysa, *A possibilidade de revisão do mérito do ato administrativo discrecionário frente aos princípios constitucionais*, en *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública* 1 (2015)

FIAMMA, Gustavo, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?” (Santiago, Chile, Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977, 2012).

FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio, *La función administrativa discrecional y la consulta indígena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 24 2 (2017) 2.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (Madrid, España, 1962).

- GUZMÁN, Lionel, *El control de la discrecionalidad administrativa en Chile* (Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2001).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián, *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad* (1ª edición, Concepción, Chile, Thomson Reuters, 2018).
- LINFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica* (España, Universidad de Alicante, 2002).
- MADARIAGA CAMPILAY, Alejandra, *La colaboración de la Contraloría General de la República en la toma de decisiones administrativas*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* 23 (2016).
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I – Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y Administración Pública. Organización administrativa* (Argentina, Editorial La ley, 1996).
- MARTINES USEROS, Enrique, *Desviación de poder* (España, Facultad de Derecho Universidad de Murcia, 1955).
- MUÑOZ CID, Manuel Ángel, *El control de mérito frente a las auditorías “3E” de la Contraloría General de la República*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* 10 (2017).
- PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General* (12º Edición, Barcelona, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1992).
- PIERRY ARRAU, Pedro, *El control de la discrecionalidad administrativa* (Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984).
- RAJEVIC MOSLER, *La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad*, en *Revista de Derecho Público Universidad Alberto Hurtado* 69 (2016).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial* (Madrid, España, Editorial Tecnos, 1994).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *“La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República”* (Santiago, Chile, Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977, 2012).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos, Notas para un mejor entendimiento del problema*, en *Revista de Derecho Público* 43/44 (2016).
- VALDÉS PÉREZ, Mariela Alejandra, *La discrecionalidad administrativa y su control judicial en el derecho chileno, a la luz del derecho español* (España, Universidad de Valencia, 2016).
- VERGARA BLANCO, Alejandro; Zúñiga, Francisco, *Contrapunto sobre el rol de la CGR*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008) 2.