

De: Dirección de Políticas Públicas, Sociedad de Fomento Fabril F.G.
Para: Contraloría General de la República
Asunto: Consulta Pública sobre Nueva Resolución de Toma de Razón
Fecha: 7 de diciembre de 2018

I. ANTECEDENTES

- La Sociedad de Fomento Fabril (“SOFOFA”) considera fundamental, bajo el marco general de la Modernización del Estado, **emprender modernizaciones prioritarias en ciertas regulaciones e instituciones**. La **tributaria**, para que la recaudación fiscal que necesitamos no se imponga a costa del ahorro e inversión. La de los **procesos por donde pasan los proyectos de inversión** (medio ambiental y otros), para garantizar elevados estándares medio ambientales y de participación ciudadana, sin sacrificar certeza jurídica para las decisiones de inversión. La de la **legislación laboral y de formación para el trabajo**, para que la reactivación de la inversión y el crecimiento, en un contexto de una cuarta revolución industrial, no sea a costa del trabajo. Y, finalmente, la del **proceso de formulación y evaluación de políticas públicas**, para que sus objetivos se logren con eficacia y eficiencia, reduciendo espacios de indefinición y, por lo tanto, de decisiones discrecionales.
- En este contexto, SOFOFA ha decidido **participar de la consulta** iniciada por la Contraloría General de la República, con el fin de recoger insumos para **modernizar el procedimiento de toma de razón**, específicamente, para reemplazar la Resolución N° 1600, de 2008.
- SOFOFA está **disponible para trabajar en conjunto** mejoras a la Resolución de materias afectas y exentas de toma de razón que permitan las modernizaciones estructurales necesarias para sostener, en el largo plazo, un mayor crecimiento económico.

II. OBSERVACIONES

2.1. Marco jurídico que debiese regir e inspirar la modificación de la Resolución N° 1.600. Toma de razón y controles de reemplazo.

- La toma de razón cumple un rol relevante como **mecanismo de control preventivo** de la actividad administrativa, por lo que su fortalecimiento o extensión de su aplicación a nuevos actos administrativos puede resultar conveniente.
- Sin perjuicio de lo anterior, desde la perspectiva de las múltiples actividades económicas que crecientemente dependen de la actividad administrativa, resulta relevante **distinguir el control que se ejerce con anterioridad** a que un acto

administrativo produzca efectos, **al control de reemplazo, a posteriori** o represivo, respecto de aquellos que ya han nacido y producido sus efectos.

- En esta línea, el art. 21 del proyecto de nueva resolución **mantiene la potestad de la Contraloría** para controlar la legalidad de los actos de la Administración que se encuentran **exentos de toma de razón** (que regula el art. 13 de la resolución N° 1.600), agregando o explicitando los **mecanismo o modalidades para ejercer dicho control**, a saber:
 - ❖ Disponer que los servicios remitan una nómina que individualice todos los actos administrativos dictados sobre una materia exenta de toma de razón, con expresión de antecedentes de relevancia;
 - ❖ Revisión selectiva de actos administrativos exentos, a través de un control de juridicidad posterior.
 - ❖ Verificación selectiva de los montos involucrados en actos administrativos exentos relacionados con contrataciones, transferencias y otros.
 - ❖ Archivo electrónico de actos administrativos exentos, respecto de los cuales se disponga que deban estar disponibles para su ulterior examen por esta Entidad de Control.

- Como se ve, **la Contraloría se reserva las más amplias facultades** para ejercer el control de juridicidad sobre los actos no afectos a toma de razón, lo que confirma un **control intensivo y robusto** sobre los actos de la Administración, pese a que no se vean afectos al trámite de toma de razón

- En consecuencia, en relación a la previsión de sistemas de control de reemplazo respecto de actos exentos, la nueva resolución debiera prever expresamente que, **tratándose de actos que han producido sus efectos respecto de terceros de buena fe**, el control posterior o represivo deberá **respetar derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas** en beneficio de terceros, amparados en los referidos actos administrativos.

- Se trata esta de una zona en que los **principios de certeza jurídica y la confianza legítima en la actuación de la Administración** debiesen tener un rol principal. Estos valores son trascendentales para la vigencia del Estado de Derecho y se encuentran **consagrados en la Constitución**, a través de múltiples garantías de su **artículo 19: la igualdad ante la ley y proscripción de la arbitrariedad** (art. 19 N°2), **el debido proceso y la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales** (N°3), **la no discriminación económica** (N°22), **el derecho de propiedad** (N° 24) y **la seguridad de que los derechos no serán afectados en su esencia** (N° 26).

- Lógicamente, dicho control represivo debe practicarse y generar los efectos que se estimen procedentes, tales como la responsabilidad administrativa de los funcionarios respectivos o, en su caso, la invalidación de actos obtenidos con fraude o mala fe. Sin

embargo, respecto de terceros que han actuado sobre la base de dichos actos, **debiere reconocerse la limitación derivada de sus derechos adquiridos de buena fe** y de la protección de las situaciones que se han consolidado.

- Aceptar sin restricciones que un control represivo de legalidad efectuado por la Contraloría -que podría tener lugar en un tiempo indeterminado después de perfeccionado el acto administrativo- introduce un **germen de inestabilidad, ilegalidad o cuestionamiento de juridicidad** de los demás actos y contratos ejecutados o celebrados por terceros de buena fe al amparo de ese acto administrativo, siendo constitucionalmente inconsistente y profundamente disruptivo para la certeza jurídica.
- También es un **efecto disruptivo** de este control represivo el que los siguientes actos administrativos previstos por la ley, consecencialmente unidos al anterior y que son indispensables para su pleno efecto, pero que aún no se emiten, sean **paralizados o suspendidos en su emisión**; tal efecto es nuevamente un deterioro inconstitucional de la seguridad jurídica asegurado a todas las personas por artículo 19 Número 26 de la Carta Fundamental, en conexión con el derecho a la no discriminación arbitraria asegurado por el numeral dos de ese mismo precepto.
- Por tanto, toda modificación a este mecanismo de toma de razón debiera **acotar este efecto indeseado y salvaguardar la certeza jurídica, la presunción de buena fe y la confianza legítima** de quienes no son funcionarios públicos y han actuado en la seguridad de su actuación regular.

2.2. Reglas que merecen un comentario especial.

Un estudio comparativo de la Resolución N° 1.600 y la propuesta de cambio en evaluación permite **identificar un conjunto de modificaciones e innovaciones interesantes**, que se revisan y comentan a continuación:

2.2.1. La toma de razón de resoluciones que resuelven procedimientos de invalidación iniciados a requerimiento de la CGR.

- El nuevo artículo 10.4 propone que **deberán someterse a toma de razón “Los actos administrativos que resuelvan procedimientos invalidatorios ordenados por la Contraloría General”**.
- Esta innovación debe entenderse en el contexto actual en que la Contraloría interviene en la actividad de los diversos órganos de la Administración, que se caracteriza básicamente por tres elementos: a) la Contraloría carece de potestades para anular por sí misma actos de la Administración; b) sin embargo, en ejercicio de la potestad dictaminante, la Contraloría ha ejercido un creciente control represivo de toda clase de actos de la Administración en relación a la “correcta interpretación” de

las normas que deben aplicar ; c) la decisión de la Contraloría, ante una interpretación que estima incorrecta, consiste en instruir un procedimiento invalidatorio del acto respectivo.

- Uno de los aspectos conflictivos de esta actividad de control radica en el efecto que produce tal orden de la Contraloría. Los Tribunales Superiores de Justicia **han afirmado que la CGR no puede ordenar la invalidación**; esto es, no puede predeterminar la decisión o resultado de dicho procedimiento, ni su forma de desarrollo y tramitación.
- La **lógica de esta limitación** es doble: a) por una parte, persigue preservar competencia de la autoridad a quien la ley ha otorgado la potestad respectiva; b) por otra, persigue respetar la imparcialidad de tal autoridad en tal procedimiento, y asegurar a posibles terceros afectados una real posibilidad de defender sus derechos, en conformidad a la Ley N° 19.880. En esta variante, **la limitación protege directamente la garantía del debido proceso** del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.
- En este escenario, someter a toma de razón el acto administrativo que resuelve el procedimiento invalidatorio ordenado por la CGR **incrementa el carácter decisivo de la opinión de esta autoridad**, en tanto lo que resuelva la autoridad competente respectiva deberá ser “validado” por ella. Incluso más, no producirá efecto alguno mientras no cumpla con este trámite preventivo. Así, resulta previsible que la orden de apertura de procedimiento invalidatorio se transformará, en los hechos, en una orden de invalidación prácticamente irresistible para la autoridad competente.
- Lo anterior, tratándose de la **invalidación de actos administrativos que han producido efectos beneficiosos respecto de terceros**, parece **inconveniente**, a menos que se incluyese una prevención expresa acerca del respeto de la buena fe, los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, según se indicó más arriba.

2.2.2. El reconocimiento oficial de la práctica del “retiro” de actos en trámite de toma de razón.

- El artículo 2°, inciso final, dispone que: *“Los órganos de la Administración del Estado, podrán, si lo estiman pertinente, solicitar el retiro de un acto administrativo sometido a toma de razón, salvo que la ley disponga lo contrario”.*
- Esta regla **otorga reconocimiento a una práctica común pero cuestionable**, consistente en la interrupción del proceso de toma de razón por orden de la autoridad emisora del acto respectivo. Lógicamente, esta práctica es común ante un cambio de gobierno, en que las autoridades entrantes disponen el “retiro” de todos

los actos (incluyendo reglamentos) que están siendo objeto de toma de razón en la Contraloría.

- El efecto de tal decisión consiste en que un **acto administrativo emitido por una autoridad competente**, y que puede haber cumplido con todos sus trámites propios (por ejemplo: autorizaciones de otros órganos, aprobación de Consejo de Ministros, etc.) queda impedido de producir efectos, por una decisión fáctica del mismo órgano.
- Esta práctica del “retiro” produce, así, una **distorsión en la emisión regular y oportuna de los actos administrativos, generando incerteza** en los destinatarios de la regulación administrativa. Si la autoridad requiere dejar sin efecto un acto administrativo previo, la Ley N° 19.880 señala las potestades y procedimientos que corresponden: invalidación y revocación, con sus respectivos procedimientos, límites y condiciones de ejercicio. De la misma manera, tratándose de reglamentos, el Presidente de la República puede derogarlos por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria. Todas estas alternativas, jurídicamente válidas, tienen sus reglas propias, y requieren una decisión expresa y fundada de la Administración, sometida al régimen de Derecho Público (exigencias de transparencia, probidad, sometimiento al control judicial, entre otras). Nada de esto se contempla respecto del “retiro”, **alternativa irregular que no debiese recibir reconocimiento en esta resolución.**

2.2.3. La potestad de fijar el límite de cuantía anualmente.

- Una **innovación interesante** consiste en el artículo 4°, que otorga al Contralor la potestad de **fijar anualmente el monto límite** que determinará los actos que deberán someterse a toma de razón. La regla original de la Resolución N° 1600 consistía en fijar los límites directamente (por ejemplo, en materia de contratos, transacciones extrajudiciales o transferencias de recursos).
- Esta innovación **entrega flexibilidad al Contralor** para calibrar anualmente dicho límite. Ello parece razonable, considerando que cada año podrá evaluarse el comportamiento de cada órgano en relación al límite fijado y atendiendo a dicha realidad, disminuirlo o incrementarlo.

2.2.4. Ampliación de actos sujetos a toma de razón en materia concesional y de derechos de aguas.

- La propuesta **amplía en algunos casos los actos administrativos relativos a concesiones**. Así, se incorporan: i) el otorgamiento, renovación y declaración de caducidad de **concesiones de acuicultura** (art. 14.7); ii) respecto de la concesión **marítima** se incorporan los actos que tengan por objeto la **renovación y la**

declaración de caducidad de las mismas (arts. 14.5 y 14.6); iii) la **denegación parcial de derechos de aguas**, en caso de necesidad de reservarlo para abastecimiento de la población o por circunstancias excepcionales y de interés público calificadas por el Presidente, en conformidad al art. 147 inciso tercero del Código de Aguas (art. 14.15).

- Tratándose de actos administrativos relevantes para la **actividad económica**, resulta comprensible la ampliación de control preventivo en estas materias. Todo ello, **en la medida que este control respete al menos dos límites**: i) que no se extienda a períodos de tiempo imprudentes, excesivos en relación al dinamismo que requiere la actividad respectiva; y ii) siempre que se respete la plena discrecionalidad técnica de la Administración activa, es decir, de la autoridad sectorial competente.

2.2.5. Respeto a materias relativas a protección del patrimonio y ordenación territorial.

- El art. 15.5 del proyecto de nueva resolución, **extiende el alcance de la toma de razón respecto de los instrumentos de planificación territorial**, agregando que también estarán afectos a toma de razón:
 - ❖ Los actos de *“promulgación, aprobación, modificación, y los que los dejen sin efecto”* y, además
 - ❖ Los actos que *“promulguen versiones actualizadas de los planos y los que fijen el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ordenanza de un Instrumento de Planificación Territorial”*.
- Es decir, mientras la Resolución N° 1600 simplemente mencionaba al instrumento de planificación territorial, el **nuevo artículo amplía la toma de razón a todo acto que modifique o bien deje sin efecto éste, además de las actualizaciones de los planos y los que fijen el texto refundido de ordenanzas**.
- Todo lo anterior confirma un **control de juridicidad más riguroso y detallado**, con carácter preventivo, respecto de dichos actos administrativos. Esto puede **resultar positivo** considerando que estas normas fijan el marco en que se desenvuelven múltiples actividades económicas y sociales. Luego, **verificado el control preventivo, los particulares debiesen poder confiar** en que, mientras se sujeten a dichas normas, sus actuaciones **estarán amparadas y gozarán de la estabilidad necesaria**.
- En este control **debiesen regir los dos límites referidos** anteriormente: i) **que no se extienda a períodos de tiempo imprudentes**, excesivos en relación al dinamismo que requiere la actividad respectiva; y ii) siempre que **se respete la plena discrecionalidad técnica de la Administración activa**, es decir, de la autoridad sectorial competente.