

# REPUBLICA DE CHILE



## DIARIO DE SESIONES DEL SENADO

PUBLICACION OFICIAL

LEGISLATURA 316<sup>a</sup>, ORDINARIA.

Sesión 93<sup>a</sup>, en miércoles 12 de septiembre  
de 1972

---

A P A R T A D O

Discurso del Honorable Senador señor  
Patricio Aylwin Azócar

REQUISITOS PARA CUMPLIMIENTO DE DECRETOS,  
ORDENES O RESOLUCIONES DE EJECUCION  
INMEDIATA.

**REQUISITOS PARA CUMPLIMIENTO DE DECRETOS, ORDENES O RESOLUCIONES DE EJECUCION INMEDIATA.**

El señor AYLWIN.— Con todo gusto voy a contestarle a Su Señoría.

Yo no quisiera extenderme en muchas divagaciones, pero las observaciones que hemos oído al señor Gumucio me obligan a precisar en forma breve algunos criterios inspiradores del proyecto antes de entrar a explicar el contenido mismo de sus artículos, para satisfacer las preguntas que me han formulado los Honorables señores García y Chadwick.

*El principio de la legalidad administrativa.*

Es un principio básico del régimen administrativo chileno el principio de la legalidad. La autoridad administrativa está sujeta a la ley y debe actuar dentro del marco del ordenamiento jurídico fijado por la Constitución, la ley y los reglamentos.

En algunos países del mundo, este principio de la legalidad es cautelado por la existencia de tribunales de lo contencioso-administrativo. La autoridad administrativa dicta sus resoluciones y si, a juicio del particular afectado, o, tratándose de resoluciones de carácter general, de cualquier persona que tenga interés en ellas, o, a veces, de cierta especie de ministerio público relativo a la legalidad administrativa, el acto es ilegal, hay posibilidades de acudir a un tribunal de lo contencioso-administrativo para pedir su nulidad.

En nuestro país, aunque la Constitución prescribe la existencia de estos tribunales de lo contencioso-administrativo, la verdad es que no se ha dictado la ley que los organice, por lo que, salvo en determinadas materias, en que se han creado tribunales especiales o en que textos expresos de ley encomiendan a órganos del Poder Judicial resolver problemas contencioso-administrativos, no opera este mecanis-

mo. Pero, al mismo tiempo, en nuestro país la Constitución Política, por la reforma de 1943, convirtió en órgano constitucional a la Contraloría General de la República, creada en 1925 por insinuación de la Misión Kemmerer, y a la cual su ley orgánica, entre otras atribuciones, le encomienda el control preventivo de la legalidad administrativa.

En vez de esperar a que frente a un posible acto ilegal haya un reclamo a posteriori ante una autoridad judicial para que anule el acto, el criterio de nuestro legislador ha sido el de que los actos de la Administración Pública —decretos del Presidente de la República y resoluciones de jefes de servicios— que han de afectar a la colectividad o a particulares, sean sometidos, antes de producir efectos, a un examen de legalidad en la Contraloría General de la República que se denomina “trámite de toma de razón”.

Ahora bien, cualquiera que sea el juicio que nos merezca este sistema —yo personalmente declaro que, como profesor de derecho administrativo, he sostenido que no es, como regla general, un buen sistema el del control preventivo; que prefiero el control a posteriori, el existente en Francia o en Italia, porque el control preventivo produce efectos de paralización o de entrabamiento de la actividad administrativa, tal como lo señalaba el Senador señor Gumucio— lo cierto es que en Chile es el que existe, está consagrado en la ley, y mientras no se creen los tribunales de lo contencioso-administrativo sería un grave error suprimirlo, porque si eso se hiciera, quedaría la Administración Pública sin ningún sistema de control de legalidad.

*La toma de razón, control previo de legalidad.*

¿Qué es lo que ocurre? Por regla general, regla casi absoluta, que admite muy pocas excepciones, no pueden cumplirse las resoluciones o los decretos de la Ad-

ministración sin previo trámite de toma de razón. E incluso la ley orgánica de Ministerios sanciona con la destitución al funcionario que ejecuta un decreto sin haber cumplido su tramitación en la Contraloría, que no esté legalmente tramitado. En la práctica, la constancia de estar terminada la tramitación de un decreto es lo que permite cumplirlo.

Sin embargo, la circunstancia que señalaba el Honorable señor Gumucio —la de que hay materias de extrema urgencia— determinó que en las reformas introducidas a la ley orgánica de la Contraloría —la ley N<sup>o</sup> 10.336—, por la ley 14.832, de 1962, se modificaran las normas rígidas que existían en el texto primitivo en cuanto exigían siempre el control previo y fijaban al organismo contralor un plazo de 30 días para tomar razón. La reforma mantuvo ese plazo de 30 días como regla general, pero estableció que si el Presidente declara la urgencia de un decreto, la Contraloría sólo tiene 15 días para tal efecto y, tratándose de un decreto de reanudación de faenas y de fijación de excedentes exportables, el plazo, por ministerio de la ley, es de sólo 5 días.

#### *Toma de razón a posteriori.*

Esa ley dispuso:

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

“La disposición del inciso anterior se aplicará especialmente cuando se trate de decretos o resoluciones que versen sobre las materias que se indican a continuación,

en cuyo caso el plazo para el pronunciamiento del Contralor será de cinco días:

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

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

“1<sup>o</sup>.—Fijación de tarifas o de precios o modalidades de importación o venta de artículos de primera necesidad o de uso o consumo habitual, cuando se encuentren sometidos a este régimen de control, y

“2<sup>o</sup>.—Cambios internacionales.

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

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

Como es posible apreciar, hay distintos plazos para tomar razón de un decreto según la urgencia del caso: 30 días, 15 días y 5 días. Incluso, se puede cumplir antes para tomar razón después, y, tratándose de suplencias o interinatos en servicios de urgencia, como la Asistencia Pública, se puede cumplir antes de dictarse el decreto, a lo cual se procede con posterioridad.

Pues bien, dicha ley fue complementada con la ley 16.464, que en su artículo 158, legislando sobre las órdenes y reso-

luciones de la Dirección de Industria y Comercio, en que se fijen precios o modalidades de venta o que se refieran a declaraciones sobre la producción, comercio o industria, u otras análogas que afecten a personas indeterminadas o a la generalidad de los habitantes, dispuso como regla general que deberán ser sometidas previamente al trámite de toma de razón de la Contraloría y regirán desde su publicación o desde la fecha posterior que la misma orden o resolución señale.

El señor CHADWICK.—Entonces, la cita está mala.

El señor AYLWIN.—Sin embargo, Su Señoría olvidó o no advirtió que el artículo tiene un inciso segundo, que dice: "Sin embargo, en casos extraordinarios, podrán ejecutarse antes de dicho trámite, cuando se trate de medidas que perderían su oportunidad si no se aplicaren de inmediato, debiendo expresarse así en la misma orden o resolución". En consecuencia, cuando el proyecto que estamos conociendo y que patrocinamos junto con el Honorable señor Foncea, se refiere a casos previstos en el artículo 10 de la ley 10.336, que es el estatuto orgánico de la Contraloría, y en el artículo 158 de la ley 16.464, donde se autoriza la ejecución de determinados decretos, órdenes o resoluciones antes de su toma de razón, lo hace expresamente respecto de los casos que acabo de mencionar. Primero, a los decretos de fijación de tarifas y precios de artículos de primera necesidad o de uso o consumo habitual, cuando se encuentren sometidos a este régimen de control. Segundo, a los decretos de cambios internacionales. Tercero, a las órdenes y resoluciones de la Dirección de Industria y Comercio en que se fijen precios o modalidades de venta o se refieran a declaraciones sobre la producción, comercio o industria u otras análogas que afecten a personas indeterminadas o a la generalidad de los habitantes, en los casos extraordinarios en que perderían su oportunidad si no se aplicaran de

inmediato, y así se expresa en la misma orden o resolución.

*Abusos en que se está incurriendo.*

Para esos casos es que proponemos legislar, movidos por lo que ha pasado en los últimos meses. De manera sistemática se ha producido lo siguiente: se dicta un decreto o una resolución sobre modalidades de venta o sobre declaraciones de producción, comercio o industria u otras análogas, como requisición o intervención de empresas, que no se ajustan a las disposiciones de la legislación sustantiva que rige la materia; se ordena en el respectivo decreto o resolución que se cumplan desde luego, y como este artículo 158 de la ley 16.464 no señala plazo, no se envía el decreto a la Contraloría, sino que simplemente se cumple. En otros casos, fundándose en el artículo 10 de la ley 10.336, se dejan pasar los 30 días fijados, y en el último de ellos, se envía a la Contraloría. Se procede en esa forma a sabiendas de que la resolución es manifiestamente ilegal y de que será observada por el organismo contralor. Entonces ésta, imponiéndose del texto del decreto o la resolución se encuentra con que faltan antecedentes, porque le enviaron el decreto solo, sin el legajo respectivo que contiene el conjunto de antecedentes que justifiquen si se cumplen o no los requisitos para decretar la intervención o requisición. La Contraloría oficia a DIRINCO o al Ministerio de Economía, solicitando dicha documentación, y se deja pasar un tiempo más o menos indefinido sin proceder a la contestación. Por lo tanto, la Contraloría debe insistir pidiendo dichos antecedentes y, finalmente, ésta los recibe y evacua su dictamen, diciendo: "No tomo razón de este decreto y lo devuelvo porque es ilegal". Pero no pasa nada. El interventor sigue en sus funciones, la requisición continúa en pie, y sin que se dicte decreto de insistencia, todo continúa como si tal cosa. Es decir,

el control de legalidad carece de toda eficacia. No sirve para nada. La decisión del Contralor resulta burlada.

Y cuando los afectados recurren a los tribunales de justicia para, por otras vías, intentar desalojar al interventor o poner término a esta situación de hecho, entonces se dicta un decreto de insistencia por el cual se ordena dar curso al decreto primitivo que consolida tal situación.

Pues bien, al Senador señor Fonca y al que habla nos ha parecido que esto es manifiestamente mucho más que un resqueio de aquellos que ha mencionado nuestro colega el señor Novoa: es un verdadero forado en el sistema institucional de control de legalidad de la Administración Pública chilena, y que debíamos tratar de corregir un vicio de esta especie.

#### *Los decretos de emergencia.*

Antes de entrar al examen de las normas del proyecto, quiero advertir al Honorable señor Gumucio que esto no tiene absolutamente nada que ver con la situación establecida en el N° 10 del artículo 72 de la Constitución Política, relativa a los llamados decretos constitucionales de emergencia. La verdad es que en su origen, antes de la reforma constitucional del año 1943, tales decretos eran de insistencia, pero dicha reforma de la Carta Fundamental los separó y creó una figura jurídica distinta para ellos.

Perdóneme el Senado si le quito muy breves minutos a fin de hacer una pequeña digresión, que resulta necesaria para conocer el conjunto del sistema.

Recuerdo que con motivo de los terremotos de 1939, el Gobierno de don Pedro Aguirre Cerda se vio en la necesidad de decretar gastos no autorizados por ley, con el objeto de atender la emergencia ocasionada por los sismos, mediante decretos de insistencia. Es un hecho que no se puede decretar ningún gasto que no esté autorizado por la ley. En este caso, el Contralor lo representa y el Presidente de la Re-

pública, para hacer prevalecer su criterio, insiste con la firma de todos sus Ministros.

¿Qué pasó? Que comiendo se despierta el apetito, y esta práctica se empezó a generalizar. Y así, cada vez que los Gobiernos del Presidente Aguirre Cerda o del Presidente Ríos quisieron hacer un gasto no autorizado por la ley —es decir, que el Congreso no había autorizado—, se dictó un decreto de insistencia. Pero como la insistencia requiere que el decreto respectivo vaya a la Contraloría, lo examine y lo devuelva, y como el Gobierno sabía que tal decreto era ilegal y que, en consecuencia, se rechazaría, se optó por la práctica de dictar lo que la doctrina y mi colega el profesor Enrique Silva Cimma llaman “decretos de insistencia nonatos”. Es decir, se enviaba desde un comienzo el decreto que ordenaba el gasto ilegal como decreto de insistencia.

El Senado acogió una acusación constitucional contra el señor Contralor de la época, estimándolo responsable de notable abandono de sus deberes, por haber cursado esos decretos manifiestamente ilegales.

La doctrina es unánime en estimar que el decreto de insistencia no se ha creado...

El señor ACUÑA.— Para violar la ley.

El señor AYLWIN.— ... para violar la ley a sabiendas, para hacer conscientemente lo que es contrario a la ley. Se ha creado para resolver un conflicto de interpretación de la ley en el cual, frente a la opinión del Presidente de la República y de todos sus Ministros, que estiman que conforme a la ley se puede obrar en determinado sentido, se encuentra la del Contralor, quien juzga ilegales tales actos. Una de esas opiniones debe prevalecer. Y si el Presidente de la República cuenta con la firma de todos sus Ministros, prevalece la suya como administrador del Estado.

Pero la reforma constitucional de 1943, dictada poco tiempo después de acogerse

la acusación contra dicho Contralor, quiso resolver el problema, porque verdaderamente puede haber gastos legítimos aunque no estén autorizados por la ley. Por eso creó, con el mismo requisito de la firma de todos los Ministros, pero sin necesidad de previa representación del Contralor, los decretos constitucionales de emergencia. En virtud de ellos, el Presidente de la República, en casos urgentes, de necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, conmoción interna, agresión exterior o agotamiento de recursos de servicios que no pueden paralizarse sin grave daño para la nación, puede ordenar gastos no autorizados por la ley con la firma de todos sus Ministros.

En este proyecto de ley no estamos legislando sobre esa situación, sino exclusivamente sobre los casos que ya examiné circunstanciadamente, en que los artículos 10 de la ley orgánica de la Contraloría y 158 de la ley 16.464 permiten cumplir un decreto o resolución sin previo trámite de toma de razón.

#### *Normas del proyecto para evitar abusos.*

¿Y qué es lo que decimos nosotros? Primero: que el decreto se publique en el Diario Oficial antes de cumplirse. Esa es la norma existente en el artículo 10 de la ley 10.336, orgánica de la Contraloría, y también la contenida en el artículo 158 de la ley 16.464. Vale decir, en esta materia sólo se confirman los preceptos existentes.

Segundo, exigimos que, dentro de los cinco días siguientes a la publicación del decreto en el Diario Oficial, deba enviarse a la Contraloría para su examen de legalidad y toma de razón. Si la autoridad ha tenido los antecedentes suficientes para dictar el decreto o resolución, no se ve la razón por la cual necesite más de cinco días para enviarlo a la Contraloría General de la República. Si los antecedentes no existen, no ha podido dictar el decreto y, si lo ha dictado, ha violado la ley. En con-

secuencia, la autoridad de la que emanan los decretos deberá enviarlos a la Contraloría General dentro de los cinco días siguientes a su publicación.

Si el organismo contralor le pide nuevos antecedentes, porque la autoridad se guarda algunos o le faltan algunos o no los tiene a mano, tal autoridad dispone de quince días, desde que recibe el oficio de la Contraloría, para hacer llegar esos nuevos antecedentes. Si no envía los decretos dentro de cinco días, o los antecedentes dentro de quince días, quiere decir que la autoridad no tiene verdadero interés en el asunto o que no tiene confianza en la legalidad de su resolución y sabe de antemano que está procediendo ilegalmente. Lo lógico es que en tales casos el decreto o la resolución respectivos caduquen, es decir, cesen de surtir efectos. Si el principio general en la legislación es que un acto de la Administración no pueda surtir efectos sin previo control de su legalidad, lo lógico es que en los casos de excepción, que autorizan que tales actos surtan efectos sin tal control previo, haya un plazo dentro del cual deba someterse a control; y si ello no ocurre dentro de ese plazo, que caduquen los efectos.

Pero si la Contraloría declara ilegal el decreto, ¿quedará en el aire indefinidamente la situación? Y, entretanto, ¿sigue cumpliéndose lo dispuesto por el decreto, como si nada hubiera pasado, y la autoridad administrativa prescinde y se ríe de la decisión de la Contraloría, como me ha tocado ver en casos concretos de que he sido informado? Quiere decir que el principio de legalidad de la Administración estaría siendo gravemente pisoteado.

Por eso, nos parece prudente establecer un plazo de 15 días, contado desde que se le comunica al Presidente de la República o al Director de Industria y Comercio que la Contraloría estima ilegal el decreto y lo representa o devuelve, para que el Primer Mandatario haga uso de su facultad de insistir con la firma de todos sus Ministros. Si no ejerce tal atribución den-

tro de este plazo, el decreto o resolución caducan, puesto que no llevan en sí la presunción de legalidad. Por el contrario, si han sido rechazados por la Contraloría, deben estimarse ilegales y sólo pueden seguir surtiendo efectos en la medida en que el Presidente de la República los imponga por la vía de la insistencia. Si el Jefe del Estado, dentro de 15 días, no los impone mediante tal recurso, caducan. Y en esto, Honorable señor Gumucio, no se regula ni restringe ninguna norma constitucional, porque la facultad de la insistencia respecto de decretos calificados de ilegales en la toma de razón por la Contraloría no emana de la Carta Fundamental, sino únicamente del artículo 10 de la ley 10.336, orgánica de la Contraloría.

Finalmente, en los casos en que el decreto dictado por el Gobierno no ha sido llevado adelante por éste, porque no lo envió oportunamente a la Contraloría o ha sido dejado sin efecto o ha caducado en vista de que el Presidente de la República no insistió en él después de ser calificado de ilegal por el organismo contralor, hemos establecido en el proyecto que la misma resolución o decreto no pueden ser nuevamente dictados hasta pasados 180 días. ¿Por qué? Para evitar la burla o el fraude a la ley, que significaría quebrantar todo el mecanismo, simplemente dictando al día siguiente un nuevo decreto en iguales términos, que se volviera a cumplir sin previa toma de razón y se siguiera repitiendo indefinidamente el proceso.

El señor GUMUCIO.— ¿Y qué ocurre si el decreto se envía de nuevo no en iguales términos absolutos, es decir, si tiene modificaciones secundarias?

El señor AYLWIN.— Si es otra la materia...

El señor GARCIA.— Hay toma de razón, entonces.

El señor GUMUCIO.— Pero no se puede fijar un plazo de 180 días.

El señor AYLWIN.— El Contralor apreciará, en su caso, si el nuevo decreto es el mismo o distinto.

El señor GUMUCIO.— ¿Y si la materia de fondo es la misma y contiene modificaciones secundarias, hasta de redacción? La disposición de la ley es absoluta: no puede ser enviado después de 180 días.

El señor AYLWIN.— Dice que no se podrá renovar el decreto. Y renovarlo es dictar el mismo decreto. Puede que tenga una redacción enteramente distinta, pero si se trata de volver a requisar por iguales motivos una empresa que la Contraloría dictaminó que estaba ilegalmente requisada por no cumplirse los requisitos necesarios para ello, evidentemente que será la renovación del mismo decreto, y no podría hacerse.

#### *Sanciones por cumplimiento ilegal de decretos.*

Por último, el proyecto establece sanciones, porque el mecanismo quedaría en el aire si, a pesar de lo anterior, pudieran los funcionarios, en el tiempo subsiguiente a la caducidad de los decretos o resoluciones, seguirlos aplicando impunemente. Por esta razón se determina que los funcionarios que participaren en el cumplimiento de un decreto o resolución caducado conforme a las normas que señalé, tendrán responsabilidad administrativa que se hará efectiva directamente por la Contraloría, cosa que no constituye una anomalía, pues está establecido en varias disposiciones legales que el organismo contralor puede hacer directamente efectiva tal responsabilidad, sin perjuicio de tener además el funcionario responsabilidad penal como autor de delito de ejecución ilegal, y de las responsabilidades civiles que le puedan corresponder.

El proyecto no tiende a impedir el recibo de las facultades de administración en materia de regulación económica ni en el uso de las facultades de requisar o de intervenir con arreglo a la ley: tiende a evitar que los vacíos existentes en las normas que autorizan las requisiciones se presten para consumir abu-

sos manifiestamente contrarios al espíritu y a la letra de los preceptos que autorizan esas instituciones, que permiten utilizarlas para otros fines y que vulneran de manera grave el principio de la legalidad administrativa en nuestro país.