



**Universidad Austral de Chile**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**LA TOMA DE CONOCIMIENTO COMO VIA DE CONTROL  
DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ALUMNO : Oscar Andrés Quezada Monrás**  
**PROFESOR PATROCINANTE : Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez**

**Valdivia, diciembre de 2006**

## Informe Memoria de Prueba.

**Señor**  
**Andrés Bordalí Salamanca**  
**Director Instituto de Derecho Público**  
**Presente**

De mi consideración:

Por la presente vengo en informar la memoria de prueba titulada "La toma de conocimiento como vía de control de los actos de la Administración", de don Oscar Andrés Quezada Morirás.

Este trabajo está estructurado en cuatro capítulos más una introducción y unas conclusiones. En el primer de ellos, denominado "Los aspectos generales de la teoría del control", se hace una descripción del control en nuestro ordenamiento jurídico, analizando las características y clasificaciones más usuales en esta materia, finalizando con una breve referencia a los aspectos centrales del control que realiza la Contraloría General de la República. Aquí se aprecia un trabajo serio y riguroso que da cuenta de las categorías jurídicas básicas aplicables en esta materia, lo que sirve como marco general para el estudio de la toma de conocimiento como mecanismo de control desarrollado por la Contraloría General de la República.

En el segundo capítulo, titulado "los fundamentos de la toma de conocimiento como vía de control", el trabajo se enfoca en un análisis más profundo de este mecanismo jurídico específico de control, revisando sus antecedentes generales y sus fundamentos normativos. Este es un capítulo muy interesante, ya que pone en evidencia los precarios antecedentes jurídicos de este instrumento de control, lo que el autor justifica, con algo de voluntarismo y con una cierta debilidad argumentativa, en las necesidades de control y cautela de este mecanismo de control.

En el tercer capítulo, denominado "alcances jurídicos de la toma de conocimiento", el tesista analiza los alcances de este instrumento de control para los funcionarios, las obras públicas, los particulares y los terceros. No obstante contener unas reflexiones y conclusiones preliminares relevantes, también se aprecia un excesivo seguimiento de los criterios y explicaciones de la Contraloría General de la República, lo que en ocasiones le hace aceptar de forma acrítica algunos criterios en extremo discutibles en el Derecho Administrativo. Ejemplo de esto último es la afirmación de los

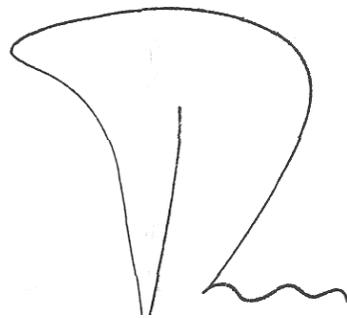
efectos absolutos de la renuncia a las acciones judiciales en los procedimientos licitatorios (pág.40), cláusula de discutible conformidad al derecho y que, en todo caso, podría criticarse desde una perspectiva doctrinal.

Por último, en el capítulo cuarto de la tesis, denominado "la toma de conocimiento y su problemática actual", el autor condensa la visión de la propia Contraloría General de la República sobre este instrumento de control y sus opiniones personales. En este sentido realiza una crítica fundada del instrumento analizado, aunque no profundiza mucho en propuestas de futuro en la materia, salvo la manida idea en las tesis de la necesidad de realizar reformas legales.

En suma, el trabajo realizado por don Osear Quezada Monrás es un trabajo serio y riguroso, que aborda un temática relevante en el derecho administrativo y que constituye un muy buen trabajo de revisión en la materia investigada. No obstante es preciso consignar que el trabajo contiene algunas falencias y debilidades, especialmente derivadas de un cierto voluntarismo en el tratamiento del tema, lo que no impide, en todo caso, de valorarlo como un muy buen trabajo académico.

Por todas estas consideraciones, es que soy de opinión de calificar esta memoria con nota seis coma cero (6,0).

Sin otro particular, saluda atentamente.



**Juan Carlos Ferrada Bórquez**  
**Profesor Instituto de Derecho Público**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad Austral de Chile.**

En Valdivia, a 26 de diciembre de 2006.

## Índice

<u>Introducción.-</u> .....	2
<u>Capítulo Primero : Aspectos generales de la Teoría del Control.-</u> .....	3
1) Definición de Control.	
2) Características principales elementos y del Control.....	4
3) Clasificación del Control.....	5
A) Según el órgano que lo realiza.	
B) Según su alcance.....	6
C) Según la relación que exista entre el órgano fiscalizador y el fiscalizado.	
D) Según la oportunidad en que se realiza.	
4) El Control en el ordenamiento jurídico chileno.....	7
5) La Contraloría General de la República y sus principales mecanismos de Control.....	9
<u>Capítulo Segundo : Fundamentos de la Toma de Conocimiento como vía de Control.-</u> .....	12
1) Antecedentes generales del mecanismo de Control y presupuestos de su creación.	
A) Las exenciones al trámite de Toma de Razón.	
B) Los Controles de Reemplazo.....	14
C) La situación de las Municipalidades.	
2) Breve reseña histórica de la consagración del mecanismo.....	16
3) Fundamentos normativos del actuar de la Contraloría General de la República.....	17
A) En la Constitución Política de República.....	18
B) En la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.....	20
C) En otras Leyes.....	21
<u>Capítulo Tercero : Alcances jurídicos de la Toma de Conocimiento .-</u> .....	22
1) Principios que informan el actuar de la Contraloría General de la República y que repercuten en el trámite.	
2) Cobertura de la fiscalización.....	25
A) De las obras municipales.	
B) De los funcionarios.....	32
3) La Toma de Conocimiento y su acción fiscalizadora.....	35
4) Principales efectos jurídicos y consecuencias del mecanismo de Control.....	37
A) En los funcionarios.....	38
B) En la obra municipal.....	39
C) En los particulares y terceros afectados.....	40
<u>Capítulo Cuarto : La Toma de Conocimiento y su problemática actual.-</u> .....	41
1) Visión de la Contraloría General de la República y de los Tribunales de Justicia sobre el mecanismo de Control.	
2) Propuesta legislativa de la cuestión.....	42
<u>Conclusiones.-</u> .....	45
<u>Bibliografía.-</u> .....	48

## **Introducción**

Sabida es la importancia que cobra en un sistema constitucional y democrático de Derecho, como el nuestro, la existencia de un Control efectivo, eficiente y eficaz. Ello no puede ser puesto en duda en cualquier análisis axiológico de las sociedades modernas, en las cuales, toda vez que el sistema es más transparente, limpio y confiable, más se avanza hacia el tan ansiado y anhelado progreso.

Dentro de este marco surge la importante figura de la Contraloría General de la República, organismo que concentra las funciones más relevantes en materia de Control en nuestro sistema normativo. Dicho órgano, a través de sus actuaciones y las funciones que le reconoce el mismo sistema jurídico, intenta dar lucha a la corrupción, que durante las últimas administraciones se ha hecho presente en variados ámbitos de la gestión pública (sin ir más lejos, baste nombrar los casos MOP-Gate y Chiledeportes).

Fruto de lo anterior, el organismo superior de Control ha debido profesionalizar su actuar y desarrollarlo, de forma tal, que no existan actuaciones administrativas que queden sin fiscalización. Esta política se ha extendido incluso a aquellas áreas donde no se tiene competencia específica, como ocurre con el caso de las Municipalidades y, más específicamente, en el área de las obras públicas gestionadas por dichas corporaciones. Es justamente en este punto, donde se concentrará la investigación que presento, pues, de más resulta enunciar los múltiples problemas que se han producido fruto de dicha modalidad de fiscalización, emprendida por el órgano contralor.

Así, dicho órgano de Control, basado en la relevancia de los mandatos y misiones que les reconoce el ordenamiento normativo nacional, ha hecho oídos sordos a las quejas y, aún ante el temor de ser considerado un organismo arbitrario, que actúa en contra de la legalidad, ha ejercido sus funciones contraloras siempre que la ocasión lo amerite.

Como resultado de la enunciada política de actuación, surge la figura de la Toma de Conocimiento, como un novedoso mecanismo diseñado y creado con el objetivo de evitar posibles focos de corrupción en materias de tanta relevancia como lo son las obras públicas municipales.

Así, este ensayo realizará un recorrido que va desde la misma Teoría del Control hasta los más técnicos procedimientos de obras, desde las fundamentaciones entregadas por los contralores, hasta la visión proyectada por la doctrina nacional, los Tribunales de Justicia y los mismos afectados.

De esta forma, el estudio que tengo el agrado de presentar, tiene por objetivo constituirse en un bastión de defensa y en un soporte para este elemento tan fundamental en la búsqueda de la ansiada probidad y transparencia de la Administración Pública; elemento, que a pesar de los múltiples resguardos no puede verse satisfecho ante todo el cúmulo de actuaciones corrosivas que a diario se vislumbran; elemento, que es la piedra angular de una sociedad democrática desarrollada que nada debe esconder, porque nada teme.

## Capítulo I: Aspectos generales de la Teoría del Control .-

### 1.- Definición de Control .-

Resulta de fácil constatación que el elemento “Control” es uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta el Estado de Derecho. De lo anterior, se puede colegir que la noción misma de Control esté muy relacionada con la idea de limitación del poder. Como consecuencia de ello, se configura, a través de el, un principio en la lucha garantista de los derechos de los ciudadanos.<sup>1</sup>

Si bien, interesante resulta la relación que se produce entre el Estado de Derecho (y posteriormente con la aparición del Estado Constitucional de Derecho) y la noción de Control, analizarla a fondo excedería en gran medida los objetivos tasados para este tipo de investigación.

Así, para poder aproximarnos al Control, ahora como término, se debe aludir primero a que se trata de un concepto de antigua data, que partió siendo utilizado en el sistema inglés, aún cuando su raíz etimológica proviene del francés.<sup>2</sup> Si bien, su utilización se remonta a siglos pasados, en un comienzo se le relacionaba únicamente con los caracteres de la “comprobación”.

En el campo de las definiciones propiamente tales, el Diccionario de la Real Academia Española, presenta una noción objetiva y externa de la cuestión. Para dicho diccionario, Control sería: “*La actividad de controlar.*” En la misma dirección, según el mismo texto, la acepción “controlar” es definida como: “*Inspección, Fiscalización, Intervención, Dominio, Mando, Preponderancia.*”<sup>3</sup> (ambas cursivas son mías).

Baste con observar esta definición, para poder extraer la gran diversidad de nociones a las que se puede asimilar dicho término, situación que evidentemente no ayuda al momento de intentar generar una noción unívoca de lo que significa en sí Control. Lo anteriormente dicho también aporta a que la doctrina no esté conteste al momento de definir y aterrizar el término a una sede más jurídica.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Asimismo, hay autores que conciben la noción de Control de un modo inseparable de la Teoría de la Constitución. En este sentido, Aragón dice: “*Hablar de Constitución sólo tiene sentido cuando se le concibe como un instrumento de limitación y control del poder.*” (la cursiva es mía). Citado por Cazor Aliste, Kamel. “*La Sumisión a Derecho de los Actos y Disposiciones del Presidente de la República*” Tomo II. Universidad Central de Chile. Santiago. 2002. p.22.

<sup>2</sup> Según todas las referencias etimológicas acreditadas, el significado de la palabra “Control” viene del francés “controle”, que a su vez viene de “contre role”, es decir “contra el rollo”. Para estos efectos “rollo” se entendía como un documento que era el duplicado del original. En los tiempos medievales, este segundo papel era utilizado para comprobar la autenticidad del original. Este método era llamado “contra rotulus” en latín. El francés “role” y el castellano “rollo” derivan de rotulus. Extraído de <http://www.etimologias.dechile.net/?control>. el día Domingo 9 de Julio de 2006.

<sup>3</sup> Real Academia Española. “*Diccionario de la Lengua Española*”. Madrid. Edición XXII. 1992.

<sup>4</sup> En nuestro país, incluso, ha encontrado mucho asidero en la doctrina la distinción entre los términos “Control” y “fiscalización”. En éste sentido, Cea Egaña manifiesta, en líneas generales, que cuando se fiscaliza no sólo se persigue la conformidad de determinado acto con el ordenamiento jurídico, sino además, se emite un juicio de valor sobre el mismo, intentando adecuarlo a una idea de bien común. Por otro lado, quien controla, deja al margen todo tipo de apreciaciones y solo intenta constatar la conformidad o no de la actuación con parámetros

Realizando un mediano acercamiento al punto, se puede rescatar la definición que entrega Recabarren, autor para el cual Control es: *“La apreciación que realiza una autoridad, organismo o poder sobre lo actuado por otra autoridad organismo o poder, con el fin de aprobarla, repararla, dejarla sin efecto o responsabilizar al emisor del acto.”*<sup>5</sup> (la cursiva es mía).

Ahora, para poder ingresar en el área administrativa, propiamente tal, destaca la definición entregada por Pantoja, para quién Control puede ser asimilado con: *“La actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo, según los patrones objetivos que sirven de base al Control.”*<sup>6</sup> (la cursiva es mía).

A modo de acercamiento personal al tema en cuestión, me permito enunciar que para efectos de ésta investigación se entenderá Control como: *“La actividad dirigida a limitar de modo efectivo el actuar de la administración al momento de ejercer las potestades públicas que le han sido otorgadas conforme al ordenamiento jurídico, operando éste a su vez, como parámetro objetivo al momento de juzgar la corrección o no de dichas actuaciones. Entendido de esta forma el Control se transforma, de suyo, en una garantía eficaz en la protección de los derechos de los ciudadanos.”*

Constatada ya la gran diversidad de significados y usos que recibe el término Control, conviene quedarse, a modo de conclusión, con la siguiente visión; sin importar la gran diversidad de clasificaciones que reviste el Control, ni las múltiples facetas que pueda adquirir, en su realización, bajo todo ello existe sólo una idea en común: *“La limitación del ejercicio del poder”*.<sup>7</sup>

## **2.- Características y principales elementos del Control .-**

En vista de lo ya planteado, son muchas las características que pueden atribuirse a ésta amplísima actividad, fruto de ello, en esta oportunidad se enunciarán sólo aquellas que

---

jurídicos. La misma apreciación se produjo en la sesión 319 de la Comisión de estudio de la nueva Constitución (en adelante CENC), de la cual se puede extraer que la principal diferencia existente entre ambos términos, radica en las ulteriores consecuencias jurídicas que se desprendan de su ejercicio. Cfr. Cazor Aliste, Kamel. Ob.cit. pp.28 y 29.

No obstante, esta investigación comparte el criterio sostenido por Gardais, quien señala que el término “Control” en nuestro ordenamiento, se debe entender de modo general, acercándose de esta manera, a la definición ofrecida por el diccionario de la RAE, que incorpora todas las acepciones bajo el rótulo de “controlar”. Gardais Ondarza, Gabriela. *“El control de legalidad y la eficacia y eficiencia como principios jurídicos fiscalizables.”* Revista de Derecho Público de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General. Imprenta Contraloría General de la República. Santiago. Año 2, número 6. Septiembre / Diciembre 2001.pp.54 y 55.

<sup>5</sup> Recabarren Delgado, Ricardo. *“La Toma de Razón de los Decretos y Resoluciones”*. Memoria número 33. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1969. p.9.

<sup>6</sup> Pantoja Bauzá, Rolando. *“La Organización Administrativa del Estado”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. p.351.

<sup>7</sup> Cfr. Cazor Aliste, Kamel. Ob.cit. p.24.

resulten más clarificadoras al momento de llevar el Control al campo administrativo propiamente tal.

Así, las principales características de éste, cuando es observado como un examen realizado a las actuaciones públicas, según el ya citado Recabarren<sup>8</sup>, son las siguientes:

- i) Debe ser realizado por una entidad diversa a la actuante.<sup>9</sup>
- ii) Aparece referido tanto a una actividad que se proyecta como a una que ya se ha realizado.
- iii) Se resuelve aprobando o desaprobando lo actuado.
- iv) Tiene como efecto secundario conseguir la eventual responsabilidad del funcionario que emitió el acto, en el caso que éste haya sido objeto de reparo.

Así, siguiendo al mismo autor y, como consecuencia de lo anterior, se hacen presente en el Control, los siguientes elementos:<sup>10</sup>

- i) Existe una entidad fiscalizadora.
- ii) Como consecuencia de lo anterior, de suyo, existe una entidad fiscalizada.
- iii) El acto o la actividad ejecutada por ésta última y que será objeto de la revisión.
- iv) El sistema de normas que sirve de regulación y parámetro de la actividad sujeta a examen.

### **3.- Clasificación del Control .-**

La eventual problemática de “diversidad”, a la que se ha hecho alusión, resulta intrínseca de una actividad tan compleja y amplia como el Control. Por lo mismo, en este punto, también se debe clarificar, antes de comenzar, que existe una enorme variedad de formas de clasificar el Control. Ante dicha realidad, se acomoda más a los objetivos perseguidos por esta investigación, la clasificación realizada por Ferrada. Así, basado en lo planteado por dicho autor, el Control se clasifica:<sup>11</sup>

#### A) Según el órgano que lo realiza, en:

i) Control Administrativo; Simbólicamente encargado, en nuestro ordenamiento jurídico, a la Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría), órgano que lo realiza acompañado de las múltiples unidades de Control interno, insertas en los mismos servicios e instituciones que son objeto de la fiscalización.

---

<sup>8</sup> Recabarren Delgado, Ricardo. Ob.cit. p.9.

<sup>9</sup> Según el autor, para efectos de esta caracterización se debe entender “entidad” como algo distinto de aquello que se comprende por Persona Jurídica u Órgano, puesto que de igual forma el Control puede presentarse dentro de estas formas de organización. Cfr. Ibid.

<sup>10</sup> Ibid. p.12.

<sup>11</sup> Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “El principio de Control en la década 1990-2000.El Principio de Control en la Administración del Estado”.*La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Editorial Jurídica Conosur. Santiago.2000. p.596.

ii) Control Jurisdiccional; Realizado por los Tribunales de Justicia, a través de los recursos y mecanismos reconocidos normativamente y ejercidos por los particulares, y también, materializado en el ejercicio de las atribuciones y competencias, que el ordenamiento jurídico entrega al Tribunal Constitucional.

iii) Control Político Parlamentario; Este tipo de Control, tiene por objetivo buscar la eventual responsabilidad del funcionario emisor del acto administrativo, por lo mismo, está sujeto a una valoración de necesidad del órgano que detente su ejercicio, en un determinado sistema. En lo que respecta a nuestro sistema jurídico, su realización está entregada principalmente a la Cámara de Diputados.<sup>12</sup>

B) Según su alcance, en:

i) Control Jurídico; Consiste, básicamente, en la superposición del ordenamiento jurídico, entendido en sentido lato, como parámetro y contraste, ante la existencia de determinado acto administrativo. Al hacer alusión al ordenamiento jurídico en sentido lato, se apunta tanto a la Constitución Política de la República (en adelante CPR), como a todos los demás cuerpos legales y reglamentarios que, de alguna u otra forma, tasan la forma en que dicho acto debió haber sido realizado. Todo ello con el objetivo de observar si, dicho acto, se ajusta o no a lo enunciado por el ordenamiento jurídico.

ii) Control de Mérito, Oportunidad o Conveniencia; Aquí el Control se remite a aspectos más formales y subjetivos del acto administrativo, pues dice relación con las circunstancias de hecho que rodearon su génesis u origen (por ejemplo: forma, requisitos, plazos, motivación del acto, etc.).<sup>13</sup>

C) Según la relación que exista entre el órgano fiscalizador con el fiscalizado, en:

i) Control Interno; El organismo que realiza este tipo de Control pertenece a la estructura orgánica del mismo órgano que debe ser objeto de la fiscalización.

---

<sup>12</sup> Este tipo de Control, en contraste con lo que ocurre con el Control Jurídico, con su realización no persigue determinar la nulidad o extinción del acto llevado a cabo incorrectamente, sino que pretende perseguir la determinación de una eventual responsabilidad del funcionario emisor del mismo. Por ello, uno de sus principales rasgos es su falta de necesidad y/o obligatoriedad, quedando entregado al órgano encargado de realizarlo la valoración de dicha actuación.

En este sentido, ilustrativa y comprensible resulta la definición que entrega Cazor en su texto, citando al profesor Aragón, para quién el Control Político es: “*el control que se realiza con plena libertad de valoración, como es el caso del Control Parlamentario.*” (la cursiva es mía). Citado por Cazor Aliste, Kamel. Ob.cit. p.25.

<sup>13</sup> Se ha intentado precisar que éste tipo de Control, por sus especiales características, sólo puede ser realizado por la Administración Pública o por órganos externos a ella, pero con una serie de restricciones que impidan la coadministración con el órgano al que se le impute una eventual responsabilidad (adhiera a esta posición calificada doctrina encabezada por el profesor Silva Cimma). Contrasta con dicha posición la enunciada por otro importante sector doctrinal (entre ellos Soto Kloss y Fiamma), quienes dicen que el Control de mérito resulta inseparable del de oportunidad o conveniencia, y que, en estos casos, ellos también deben responder a ciertos criterios fijados por el ordenamiento jurídico, lo cual habilita a cualquier órgano de Control determinado por el ordenamiento jurídico para que pueda ejercer la función contralora. Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Ob.cit. pp.598 y 599.

Se adopta, de esta forma, la figura de un “autocontrol”, realizado por unidades internas que, de cierta forma, responden a una función encomendada por su mismo nivel central o superior jerárquico.

ii) Control Externo; El órgano que controla no tiene relación alguna con el que resulta ser objeto de la fiscalización. Así, quien fiscaliza recibe su competencia directamente del ordenamiento jurídico y, por ende, realiza su labor con total independencia. Dicha caracterización se acomoda a la función que la Contraloría lleva a cabo en nuestro sistema.

D) Según la oportunidad en que se realiza, en:

i) Control Preventivo o a priori; Este tipo de Control, tiene por principal objetivo que los actos que han surgido producto de actuaciones administrativas “incorrectas”, no produzcan efecto alguno en el sistema, es decir, que nunca lleguen a existir. Por lo mismo, es efectuado con antelación a que dicho acto adquiera fuerza normativa y validez. En nuestro sistema normativo, dicha importante función, recae en gran medida en la Contraloría, quien la lleva a cabo mediante el mecanismo de Toma de Razón, sobre el cual se aludirá latamente en los apartados posteriores.

ii) Control Represivo o a posteriori; Opera cuando el acto “contaminado”, se encuentra vigente y en funcionamiento en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ende, lo que se persigue con su realización, es obtener la nulidad o erradicación de dicho acto del sistema.<sup>14</sup>

#### **4.- El Control en el ordenamiento jurídico chileno .-**

Ya bastante se ha destacado que el Control más que un término o una mera actividad es un elemento angular y fundante de todo Estado que se precie ser democrático y constitucional de Derecho. Al menos esa es la aspiración del sistema constitucional chileno donde, la actividad de controlar, se constituye en uno los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico en su totalidad.

Sin ir mas lejos, en el plano constitucional los artículos 6 y 7 de la carta fundamental se constituyen en una íntegra manifestación de los principios de legalidad, competencia y responsabilidad, que son, a su vez, elementos fundantes de la Teoría del Control, como ya se ha tenido oportunidad de precisar.

---

<sup>14</sup> Además de las clasificaciones enunciadas, el autor hace alusión a que una de las más utilizadas hoy en día es aquella que distingue entre controles institucionales y no institucionales. Los primeros serían aquellos controles formalizados jurídica y/o políticamente, reconocidos por el ordenamiento jurídico (como los Tribunales de Justicia, las cámaras políticas, etc.). Por otro lado, los controles no institucionales serán aquellos mecanismos informales de fiscalización del ejercicio del poder público, entre los que destacan, la prensa y la opinión pública general. Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Ob.cit. p.597.

Así, a modo ilustrativo, en nuestro sistema normativo nacional, existen distintos órganos de rango constitucional, a los cuales le son encomendadas importantes funciones de fiscalización.

Vista ya la trascendencia del Control Político, nuestra CPR de 1980 (con sus actuales modificaciones), hace descansar la valoración de necesidad que sobre él recae, en la Cámara de Diputados, al establecer que una de sus principales funciones será la de fiscalizar los actos del gobierno, a través de los medios y formas determinados por el mismo articulado constitucional (persiguiendo la eventual Responsabilidad Política del funcionario).<sup>15</sup>

En contraposición a esta forma de controlar y, como ya se planteó en el apartado anterior, existe un Control Jurídico – Administrativo, que está entregado en forma preventiva a la Contraloría, órgano que lo ejercerá en forma externa. Por su parte, serán las unidades internas insertas en los propios organismos fiscalizados, las llamadas a ejercerlo internamente. El Tribunal Constitucional, cumplirá igual labor en forma preventiva y represiva, según sea el caso.<sup>16</sup>

Dentro de este mismo orden, se verifica la presencia de una suerte de Control Jurisdiccional entregado a los Tribunales de Justicia establecidos por la Ley, que será ejercido por los particulares afectados por algún acto u omisión proveniente de la Administración del Estado. Ello se materializa a través de las acciones de reclamo que establecen los mismos cuerpos normativos que tasan las potestades de la administración. Sin duda que en materia de Control, las acciones más utilizadas son el Recurso de Protección (establecido por el mismo texto constitucional en su artículo 20), y la Acción de Nulidad de Derecho Público (que puede extraerse de los mismos artículos constitucionales en que se fundamenta la Teoría del Control en nuestro ordenamiento jurídico).

Para finalizar, y solo a modo de enunciación, se puede decir que en el campo de la normativa infraconstitucional, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), expresamente reconoce en el inciso segundo de su artículo 3<sup>17</sup>, que el Control es uno de los principios fundamentales a los que debe atender la Administración del Estado en la realización de sus actuaciones. Además en sus artículos 9,10 y 11 establece algunas herramientas o vías de Control para la administración, diferenciando cuales le corresponden a los jefes superiores del servicio, como expresión del principio jerárquico y, cuales a los Tribunales de Justicia como consecuencia de las acciones intentadas por los mismos particulares afectados.

---

<sup>15</sup> Cabe agregar, como señala en su texto Recabarren: “*En el sistema democrático, el máximo control político lo ejerce la propia ciudadanía al no prestarle apoyo para su reelección a una administración que obró precipitada, inoportuna, en fin, deterioradamente.*” (la cursiva es mía). Recabarren Delgado. Ricardo. Ob.cit. p.21.

<sup>16</sup> Cabe mencionar que éste órgano aglomeró una gran cantidad de reformas de importancia a partir de la reforma constitucional del año 2005. Desde ese año dicho órgano está regulado en el Capítulo VII (artículos 92 a 94) de la CPR.

<sup>17</sup> Artículo incorporado por la Ley número 19.653 sobre Probidad Administrativa de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 14 de Diciembre de 1999 en el Diario Oficial.

## **5.- La Contraloría General de la República y sus principales mecanismos de Control.-**

Ya se ha destacado las innumerables facetas que puede adoptar el Control y los diversos órganos en que puede radicarse la actividad descrita.

No obstante lo anterior, al menos en el sistema jurídico chileno, el hablar de Control es hablar de la Contraloría.<sup>18</sup>

Dicho organismo, está reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un órgano de rango constitucional, independiente y autónomo<sup>19</sup>, que se dedica a la función de Control externo de los actos de la administración<sup>20</sup>.

Importante resulta resaltar, la consagración que realiza la actual CPR, donde se le dedica al órgano contralor, un capítulo completo, enfocado en sus principales funciones.<sup>21</sup>

Dentro de los lineamientos generales desarrollados por la carta fundamental, en relación al órgano contralor, se encuentra la remisión realizada a una Ley Orgánica Constitucional, para desarrollar la completa regulación y organización de dicho ente. Dicha mención no debe ser pasada por alto, sobretodo si se considera que hasta el día de hoy ello no ha ocurrido. Por el momento, dicha regulación está entregada a la Ley número 10.336 de 1964, Orgánica de la Contraloría (en adelante LOC).<sup>22</sup>

No obstante lo anterior, lo realmente trascendente en este punto, es destacar la mención que la CPR realiza a las funciones que deberá llevar adelante dicho organismo<sup>23</sup>, funciones que se materializan en el ejercicio de importantes mecanismos de Control, entre los cuales, destacan:

---

<sup>18</sup> El organismo contralor fue creado en el año 1927 a sugerencia de los consejeros económicos que realizaron, en nuestro país, los estudios de la llamada “misión Kemmerer”, solicitada por la primera administración del presidente Alessandri Palma. Se creó por Decreto con Fuerza de Ley número 400 bis del 26 de Marzo de 1927. Este mismo decreto designó a Pablo Ramírez, ministro de hacienda de la época, Contralor General de la República. Cfr. Pantoja Bauzá, Rolando. Ob.cit. p.295.

<sup>19</sup> Recién en el año 1943 la Contraloría adquiere un carácter institucional propio (dado que anteriormente era un organismo supeditado a la acción del ministerio de hacienda), al ser incluida como organismo autónomo en la CPR de 1925. La Ley número 7.727 de 23 de Noviembre de 1943 reformó dicha CPR e incorporó a la Contraloría como órgano “autónomo”. Dicho reconocimiento resultó trascendental, puesto que todos los reconocimientos normativos, hasta la fecha, realizados al órgano contralor, habían sido sólo en sede legal. Cfr. Marinkovic Verdugo, Mario. et.al. “*Derecho Constitucional*”.Tomo II. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1999. p.315.

<sup>20</sup> Las características que hemos precisado pueden verse un poco contradichas en el momento en que el artículo 1 de la LOCBGAE incorpora a la Contraloría en el listado de órganos que forman parte de la Administración del Estado.

<sup>21</sup> Capítulo X de la CPR.

<sup>22</sup> Esta Ley, cuyo último texto refundido y sistematizado es del 10 de Julio del mismo año, ha afectado enormemente al actuar de la Contraloría, pues no se han podido incorporar conceptos claves de su función. Además, ello contradice el mandato constitucional que ordena su regulación por la vía de una Ley Orgánica Constitucional. Así, como señala el ex Contralor General de la República, Arturo Aylwin Azócar: “*rige a su respecto la disposición quinta transitoria del texto constitucional, según la cual las normas vigentes tienen la naturaleza de orgánicas constitucionales mientras aquella no se dicte.*” (la cursiva es mía).

Por el momento, existe un proyecto de Ley, en etapa de tramitación, en el Congreso Nacional, ideado por el mismo órgano contralor, para poder suplir dicha falta de regulación en la forma ordenada por la CPR. Cfr. Aylwin Azócar, Arturo. “*Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República*”. 20 años de la Constitución Chilena.1981-2001. Universidad Finis Terrae. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. 2001. pp.599 y 600.

<sup>23</sup> Ver, primer inciso del artículo 98 de la CPR.

i) La Toma de Razón .-

Instrumento de Control previo, reconocido tanto en sede constitucional como en el artículo 10 de la LOC. Dicha consagración normativa, entrega a la Contraloría la importante misión de resguardar la legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración.

Con motivo de este trámite, el acto administrativo es sometido a un examen, destinado a comprobar si cumple o no con los requisitos de forma y fondo exigibles, a su respecto, por el ordenamiento jurídico.

El órgano contralor cursa y toma razón del acto si el examen concluye en forma favorable; lo devolverá representado y sin tramitar si recaen sobre él observaciones y reparos.

ii) Registro y Control de personal.-

La Contraloría tiene facultades para fiscalizar el cumplimiento de las normas estatutarias de los funcionarios públicos, ya sea, mediante la Toma de Razón de los decretos y resoluciones respectivas, inspecciones y órdenes de reintegro de remuneraciones mal percibidas, entre otros medios. Para facilitar dicha labor, el ente contralor mantiene un registro computarizado de todos los servidores públicos (denominado “Sistema de Información del Personal de la Administración del Estado”), donde se contienen todos los datos personales y todos los sucesos más importantes de su carrera como funcionario.<sup>24</sup>

Este registro no sólo sirve como apoyo a la función de Control, sino, además, proporciona información de importancia, que facilita los procesos de decisión de las respectivas autoridades.

iii) Emisión de dictámenes.-

El órgano contralor emite dictámenes jurídicos, con el objetivo de informar sobre la correcta forma de interpretar las normas aplicables en materias de su competencia. Estos verdaderos “informes en Derecho”, son expedidos a petición de autoridades administrativas, judiciales o parlamentarias o, también en su caso, de particulares afectados por alguna acción u omisión proveniente de la Administración. En algunas ocasiones también se procederá de oficio. De la misma forma, el órgano contralor puede dirigir instrucciones a los servicios públicos y demás instituciones fiscalizadas, con el fin de instruirlos acerca de la aplicación de preceptos de utilización frecuente en el área.

Estos dictámenes e instructivos, conforman lo que se ha denominado la “Jurisprudencia Administrativa” de la Contraloría, que se constituye en un producto jurídico de carácter obligatorio y vinculante para las instituciones sometidas a su fiscalización.

---

<sup>24</sup> También se cuenta con registros especiales, de las personas condenadas por la justicia y los contratados a honorarios. Cfr. Sciolla Avendaño, Gustavo. “*Memoria Anual año 2005*”. Imprenta Contraloría General de la República. Santiago.2006.p.37.

iv) Auditorias e inspecciones .-

Con el objetivo de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa, la Contraloría realiza auditorias y visitas inspectivas a las instituciones que fiscaliza.

Las auditorias consisten, básicamente, en el examen crítico y sistemático de operaciones, sucesos, informes, y otras actuaciones emanadas de un organismo determinado, con el objeto de emitir un pronunciamiento respecto de ello.

Por su parte, las inspecciones proceden frente a la solicitud o denuncia presentada por algún particular, con el objeto de que se efectúen las indagaciones que procedan, en el respectivo servicio u organismo fiscalizado, y se emita el pronunciamiento respectivo.<sup>25</sup>

Si de las auditorias e inspecciones realizadas por la Contraloría, se verifica la presencia de faltas administrativas, el órgano contralor está habilitado para instaurar el correspondiente sumario administrativo, instancia en la que podrá proponer las sanciones que procedan.<sup>26</sup>

v) Contabilidad General de la Nación .-

Dicha función, significa al ente contralor, consignar todos los antecedentes de los registros contables que deben llevar todos los servicios e instituciones fiscalizadas, conforme a los principios y normas contables básicas y procedimientos que la Ley determina.

Uno de los resultados de esta función es la elaboración del balance anual de la gestión financiera del Estado.<sup>27</sup>

vi) La Toma de Conocimiento .-

Este particular mecanismo de Control, principal objeto de esta investigación, es una modalidad que se aplica a los actos sobre ejecución de obras dispuestos por las Municipalidades.

Se concibe como un Control a posteriori, que se materializa en la revisión misma, realizada por la entidad fiscalizadora, de los documentos enviados por la corporación edilicia, para su revisión.

Todos los antecedentes, procedimientos y eventuales consecuencias del trámite en cuestión, serán analizados en profundidad en los apartados siguientes.

---

<sup>25</sup> Cabe señalar que el Examen de Cuentas que le corresponde realizar en forma privativa a la Contraloría, según la CPR, queda inserto dentro de las auditorias. Cfr. Sciolla Avendaño, Gustavo. Ob.cit. p.36.

<sup>26</sup> Si bien, la Contraloría no tiene reconocido un imperio sancionador en la mayoría de las materias (salvo en lo concerniente a la mala utilización de vehículos fiscales), la Ley número 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, establece en sus artículos 9 y 10, un procedimiento sancionatorio especial, a cargo de la Contraloría, respecto de los funcionarios de la Administración del Estado que no proporcionen la información requerida por el poder legislativo Cfr. Ibidem.

<sup>27</sup> Cfr. Ibid. pp.36 a 38.

## **Capítulo II : Fundamentos de la Toma de Conocimiento como vía de Control.-**

### **1.- Antecedentes generales del mecanismo de Control y presupuestos de su creación.-**

#### **A) Las exenciones al trámite de Toma de Razón.-**

En su oportunidad, no fue necesario profundizar a cabalidad en los principales mecanismos de Control utilizados por el ente contralor, para que resaltara, a simple vista, la enorme importancia que reviste la Toma de Razón, para el cumplimiento de los principales fines y objetivos que le son encomendados a dicho órgano.

El poder comprender los alcances de dicho trámite permitirá entender, con mayor facilidad, el principal móvil que tuvo la Contraloría para crear, la ya aludida, Toma de Conocimiento.

Como ya se adelantó, la Toma de Razón es un trámite, que por su basta importancia, no sólo ha sido reconocido en sede legal, sino también constitucionalmente. Fruto de lo anterior, resulta correcto entender, que todos los actos de la administración, deban ser sometidos a la visación que realiza el ente contralor a través de este mecanismo, para evitar, de esta forma, que actos defectuosos lleguen a formar parte del ordenamiento jurídico-administrativo vigente. Siguiendo el mismo lineamiento, nuestra carta fundamental en su artículo 99, señala, a grosso modo, que la Contraloría General de la República ejercerá el Control de legalidad de los actos de la administración, a través de la Toma de Razón de los mismos. De igual forma lo entiende la LOC en su artículo 10.

Las normas recientemente enunciadas son las que informan el actuar de la Contraloría en lo que respecta al Control preventivo de los actos administrativos y, en principio, se puede vislumbrar que, para todos los efectos señalados, la realización de la Toma de Razón constituye la regla general dentro de nuestro ordenamiento. No obstante, éste principio admite excepciones, las cuales, dada la importancia de la materia que se aborda, sólo podrán ser señaladas mediante manifestación de la Ley o, en su defecto, por orden del Contralor General de la República (en adelante Contralor General).

En este orden de cosas, la primera gran excepción es señalada por la misma LOC, al manifestar en sus artículos 1 y 10 que sólo estarán afectos al trámite los actos administrativos que tengan el carácter de “Decretos Supremos” y “Resoluciones de los Jefes de Servicio”.<sup>28</sup>

Sin ir mas lejos, y siguiendo en la misma línea, la carta fundamental deja la puerta abierta para que la Ley establezca más exenciones al mecanismo, en el momento que en su artículo 99 señala que el trámite procederá “en conformidad a la Ley”.

Como consecuencia de lo anterior, Ferrada ha considerado que se desprenden dos importantes efectos:<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Sobre el punto, Ferrada señala: “Excluyéndose, por tanto, las instrucciones presidenciales o de los jefes de servicio, las órdenes ministeriales, los simples oficios y las solicitudes de particulares.” Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Ob.cit. p.616.

i) El legislador, a través de Leyes orgánicas específicas y sectoriales, en determinadas materias relacionadas con el área en cuestión, ha excluido directamente la realización del trámite.<sup>30</sup>

ii) La LOC, en el inciso quinto de su artículo 10, dispone una habilitación, para que el Contralor General mediante una resolución temporal y revocable, exima del trámite a algunos actos administrativos que, según su consideración, figuren como “no esenciales”.

Esta facultad está prevista por la Ley, teniendo en vista los principios de eficacia y eficiencia con que debe funcionar el servicio. Además, si bien parece bastante amplio el criterio, con que se puede dejar fuera a ciertos actos de la cobertura fiscalizadora del mecanismo en cuestión, se debe tener en cuenta que dichas exenciones no son “caprichosas”, sino que se gestionan con las mismas instituciones y servicios fiscalizados.<sup>31</sup>

Así, el Contralor General, apoyándose en la habilitación predicha, ha dictado diversas resoluciones, tanto generales como especiales, en las que dispone la exención de Toma de Razón de ciertas resoluciones y decretos. En éste contexto, cobra trascendencia la resolución número 55 del año 1992 (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por la resolución número 520 de 1996). Esta resolución, a grandes rasgos, realiza un listado de aquellas materias que se encuentran exentas del trámite y, sin más, a través de ello, se cambió la regla general aludida anteriormente, al establecerse que sólo por excepción procederá el mecanismo, en aquellas materias que se enumeran expresamente en la resolución y, por ende, que sean consideradas como “esenciales”.<sup>32</sup>

Lo anterior, produce un verdadero trastoque al sistema establecido, tanto en la LOC como en la misma CPR, al considerar como “excepcional” el Control preventivo de juridicidad de los actos de la administración; Control al que fue llamado en forma obligatoria el órgano contralor.

No obstante, resulta necesario destacar que, con el volumen de decretos y resoluciones expedidos actualmente por la Administración Pública, se hace muy complejo realizar un eficiente y real Control preventivo por parte de la Contraloría, lo cual, hace preferir la solución enunciada a que dicho Control sea realizado insatisfactoriamente.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Ob.cit. p.616.

<sup>30</sup> A modo de ejemplo, podemos destacar lo que ocurre con el artículo 9 de la Ley número 18.778, que establece Subsidio al Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas Servidas y, en la misma línea, los artículos 1 y 7 de la Ley número 18.661. Por la importancia que reviste para el tenor de esta investigación, la situación que se produce con el artículo 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y sus importantes consecuencias, será desarrollado extensamente en un próximo apartado.

<sup>31</sup> Basado en opinión extraída de entrevista realizada a Pablo Fuentes, abogado jefe de la Unidad Jurídica de la Contraloría Regional de los Lagos, el día Viernes 10 de Noviembre de 2006, en la ciudad de Puerto Montt.

<sup>32</sup> Cfr. Ibid. pp.617 y 618.

<sup>33</sup> Autores como Ferrada señalan que dicha situación, de todas formas, para parecer más coherente con la regulación realizada por la CPR y la propia LOC, debería regularizarse legalmente. Cfr. Ibidem.

## B) Los Controles de Reemplazo .-

No es necesario precisar, para efectos de ésta investigación, la engorrosa cantidad de discusiones en las que se ha incurrido producto del ya aludido cambio en el sistema nacional de Control. Dicho cambio se ha materializado en la progresiva descongestión de la Contraloría, en lo que respecta al Control preventivo que este ente debe realizar sobre ciertos actos y materias, y, a su vez, en el paralelo fortalecimiento de las unidades internas que operan dentro de las mismas instituciones y servicios que resultan ser objeto del Control.

Esta suerte de “cambio de enfoque” en la función de la Contraloría, ha propiciado a que el propio órgano contralor disponga una serie de “Controles de Reemplazo” para aquellos actos de la administración que queden sin cobertura fiscalizadora.

Para poder enfocar mejor el tema y la relevancia que reviste, resulta necesario destacar las principales características de estos especiales mecanismos de Control:

- i) Siempre operan en defecto o subsidio de la Toma de Razón.
- ii) Recaen sobre materias exentas y específicas.
- iii) Adoptan la forma de un Control a posteriori.

Teniendo en cuenta lo predicho, los objetivos generales que persiguen estos mecanismos son básicamente dos; primero, asegurar la conformidad de los actos administrativos con el ordenamiento legal que los informa y, segundo, desde luego, hacer efectivas las responsabilidades que procedan.<sup>34</sup>

Siguiendo en la misma línea, las principales formas en que pueden manifestarse estos Controles de Reemplazo es, a través de las inspecciones o auditorias, que realiza la Contraloría, ya analizadas en su oportunidad.

Es necesario destacar que, no porque estos mecanismos operen en subsidio de la Toma de Razón, van a tener menor valor o inferiores consecuencias dentro de la esfera de Control del órgano contralor; por el contrario, de su ejercicio pueden originarse importantes consecuencias, tales como, investigaciones sumarias, sumarios administrativos y juicios de cuentas, entre otros efectos.<sup>35</sup>

## C) La situación de las Municipalidades .-

Por la importancia que reviste para el tenor de esta investigación, resulta necesario tratar por separado y en particular la situación que se produce con las Municipalidades, entendidas ellas como uno de los principales objetos de Control del organismo contralor.

Tal es la trascendencia que revisten las corporaciones edilicias en nuestro sistema normativo, que son consagradas de manera especial en la carta fundamental de 1980.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Ver artículo 8 Resolución número 520 de 1996 de la Contraloría.

<sup>35</sup> En la misma línea, ver Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Ob.cit. pp.618 y 619.

<sup>36</sup> De esta forma la CPR dedica un apartado especial a estos entes comunales, dentro de su capítulo XIV, titulado “Gobierno y Administración Interior del Estado”, que se denomina “Administración Comunal”, y que abarca desde el artículo 188 al 122 del texto constitucional.

Si bien, la principal consagración de las Municipalidades se produce a través de la CPR, a este cuerpo normativo, como en todas las materias, sólo le están entregados aspectos generales de la regulación de las mismas. De esta forma, la misma carta fundamental entrega dicha regulación, in extenso, a una Ley Orgánica Constitucional (entendiendo la trascendencia de la materia objeto de la regulación). Así, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades número 18.695 (en adelante LOCM), regula, entre otras materias, la forma de conformación y de elección de las autoridades municipales, las funciones que deben ejercer los diversos funcionarios y unidades internas y la forma en se llevarán adelante los objetivos que le son entregados por la propia CPR.<sup>37</sup>

Así, dentro de la regulación que realiza dicha LOCM, en su artículo 53 se detalla lo siguiente: *“Las resoluciones que dicten las Municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón, pero deberán registrarse en la Contraloría General de la República cuando afecten a los funcionarios municipales.”* (la cursiva es mía)

La disposición enunciada permite interpretar, con propiedad, que no existe, dentro de la legislación, norma alguna que disponga que los actos municipales estén sujetos al Control previo de legalidad por parte de la Contraloría.

Sin lugar a dudas que no debe parecer poco trascendente lo enunciado, sobretodo teniendo en cuenta la importancia que reviste dicho Control y, aún más, si se relaciona con las importantes funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda a las Municipalidades.<sup>38</sup>

Lo anterior, parece cobrar mas sentido aún si se destaca que las Municipalidades disponen de un patrimonio propio y que una de sus principales funciones es asegurar la participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. Relacionado con esto último, y no perdiendo de vista el bien general de la comunidad, a los municipios la Ley le encomienda la función de actuar como administradores de los bienes municipales y de los nacionales de uso público.<sup>39</sup> Como consecuencia de lo anterior, les compete ejecutar, por sí, o a través de particulares especialmente contratados para ello, la mantención y ejecución de la infraestructura que estos entes deben prestar para el fiel cumplimiento de sus propias necesidades y de las que le correspondan a la comunidad.<sup>40</sup>

En esta misma línea, se debe tener presente que actualmente los municipios no son entes inertes en la comunidad, que sólo se dedican a recibir quejas y reclamos en materias mas bien “cotidianas”. Hoy, las Municipalidades enfrentan un proceso ambicioso en el cual se

---

<sup>37</sup> Cabe señalar que ésta no es la única manifestación legal referida a los municipios, puesto que, la LOCBGAE los incluye en el listado que realiza en su artículo 1, donde enumera los órganos que forman parte de la Administración del Estado.

<sup>38</sup> Sin ir más lejos, la definición que de ellas realiza la CPR, permite apreciar la magnitud de las funciones que le son encomendadas. Por todos, el artículo 118 en su inciso cuarto señala: *“Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.”* (la cursiva es mía).

<sup>39</sup> Ver artículos 5 letra c), 27 letra b), 36, 63 y 79 de la LOCM.

<sup>40</sup> Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. *“La Gestión Administrativa, Técnica y Financiera de las Obras Públicas”*. Impreso y editado por la Contraloría Regional de los Lagos. Puerto Montt. 2004. p.106 y siguientes.

invierten considerables montos en el desarrollo de la comuna, principalmente a través de lo enunciado precedentemente; la construcción, reparo y patrocinio de obras municipales.<sup>41</sup>

Por lo mismo, no parece acertado dejar fuera de la esfera de Control de la Contraloría, al menos a los actos referidos, por más que la Ley así lo disponga, como ya se pudo verificar.

En la misma línea ha apuntado la Contraloría que, basándose en una serie de normativa ha hecho prevalecer la importante misión que en ella radica y, por sobre todo, el trascendental rol que juega para nuestro ordenamiento jurídico.

## **2.- Breve reseña histórica de la consagración del mecanismo.-**

La constatación por parte del organismo contralor de una serie de irregularidades en el campo de las obras municipales y la consecuente falta de fiscalización que existía en la materia, condujo a que dicho ente tomara cartas en el asunto, lo que desembocó en la creación de la ya aludida Toma de Conocimiento.

Teniendo en vista que, en estas materias hay que actuar en forma eficiente, no se podría haber esperado que se presentara un proyecto de Ley sobre la materia. Por lo mismo, para facilitar la realización del trámite y su pronta difusión, se optó por la vía de las instrucciones y oficios que puede impartir la Contraloría en materias de su competencia.<sup>42</sup>

De esta forma, en el año 1978, y bajo la administración del Contralor General Osvaldo Iturriaga Ruiz, se difunde el oficio circular número 64.230. Mediante él, la Contraloría instruyó a los municipios del país, en el sentido, de que debían remitir al órgano superior de Control, para su Toma de Conocimiento, los actos municipales que autoricen contrataciones de obras, así como todos los procedimientos y documentos que respalden dicho acto.

De dicha instrucción (muy breve por lo demás) , se desprende que la Contraloría para realizar dicha solicitud a las corporaciones edilicias, se apoyó en la habilitación que le entrega el artículo 91 de su LOC.<sup>43</sup> Se desprende también, que el principal objetivo perseguido era fortalecer la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos municipales.

Posteriormente, se dictaron múltiples instrucciones más, con el objetivo de precisar de mejor manera el objeto de Control. Así, el oficio circular número 625 de 1980, basándose en

---

<sup>41</sup> Basado en opinión de Priscila Jara Fuentes, Contralora Regional de los Lagos. Entrevista realizada en la ciudad de Puerto Montt , el día Viernes 10 de Noviembre de 2006.

<sup>42</sup> Sobre el tema hace alusión el artículo 6 de la LOC. Como ya se pudo observar en su oportunidad, dichos productos jurídicos tienen el carácter de obligatorios para los individuos que deben ser fiscalizados. La misma Contraloría así lo predispone en sus textos oficiales: *“Los dictámenes e instructivos de la Contraloría General, conforman una jurisprudencia obligatoria para todos los órganos administrativos sometidos a su fiscalización, en consecuencia,, la Administración debe someterse a ella.”*(la cursiva es mía). Cruz Benardos, Hugo. *“Cuenta Pública año 2003”*. Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo. Imprenta de la Contraloría General de la República. 2004.p.13

<sup>43</sup> Dicho artículo dispone: *“Todo funcionario fiscal, municipal, de la Beneficencia o de otra entidad cuyas cuentas estén sujetas a la fiscalización de la Contraloría, estará obligado a proporcionar a esta Oficina los informes que ella necesite para el estudio de las rendiciones de cuentas, y si no lo hiciere o eludiere esta obligación, será suspendido de su empleo.”*

el de 1978, apuntó básicamente a realizar un trazado más pormenorizado y preciso del objeto de Control del trámite y de otras circunstancias conexas con el mismo, como ser, fijar pautas mínimas de contratación de obras para las Municipalidades y enunciar ciertos rangos de plazos para el envío de la información.

Si bien, valioso resulta el aporte realizado por dicho oficio, se debe recalcar que la indeterminación en ciertos aspectos regulatorios del trámite, aún se hacia presente.

Luego, en el año 1982 se dictó la instrucción número 25.379 de la División de Vivienda y Urbanismo y Obras Públicas y Transporte (en adelante VUOPT), que tiene especial relevancia para el caso específico de las Municipalidades. Esta instrucción nace frente a la necesidad que las Municipalidades adopten una especie de estatuto y se ajusten a una reglamentación específica y unívoca en lo que respecta a la contratación y ejecución de obras.

A grandes rasgos, éste oficio realiza un completo listado de la normativa en que se deberán apoyar dichas corporaciones para la realización de las obras y acompaña, además, las materias y antecedentes que, en forma mínima, deben dirigirse a la Contraloría para su Toma de Conocimiento.

Finalmente, a partir del oficio circular número 40.506 de 1995, la Contraloría refundió todas las instrucciones impartidas sobre la materia, estableciendo que el trámite de Toma de Conocimiento solo procederá para los contratos de ejecución de obra pública cuyo monto sea igual o superior a las 500 unidades tributarias mensuales, como también, sobre los actos que se refieran a proyectos y estudios que, estén directamente relacionados con la ejecución de obras, cuyos montos sean iguales o superiores a las 200 unidades tributarias mensuales.<sup>44</sup>

De ésta forma se consagra la Toma de Conocimiento en el rodaje de la Administración Pública nacional. Ahora, como se está hablando de un mecanismo que procede, aún cuando la Ley no lo reconozca, al menos en forma directa, es hora de buscar los fundamentos jurídicos necesarios para poder argumentar la existencia y real eficacia del trámite.

### **3.- Fundamentos jurídico – normativos del actuar de la Contraloría General de la República.-**

Como se ha hecho presente en variadas oportunidades, la Toma de Conocimiento sólo encuentra suficiente base normativa en el bagaje interno del órgano contralor. Por lo mismo, al momento de tratar de buscar fundamentación en el resto del ordenamiento, la Contraloría, mediante sus propias interpretaciones, ha realizado un proceso hermenéutico de búsqueda dentro de todo el conglomerado normativo nacional, búsqueda que ha dado como resultado el siguiente listado de normas.

---

<sup>44</sup> Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. p.68.

A) En la Constitución Política de la República .-

Nuestra carta fundamental consagra al órgano contralor en un capítulo especial de su articulado. No obstante dicho capítulo se compone de tan solo tres artículos, es el inciso primero del artículo 98<sup>45</sup>, el que entrega una de las más importantes y fuertes bases del actuar fiscalizador de dicha entidad.

Reza el texto de dicho inciso: “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el Control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo los bienes de estas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”

Sin lugar a dudas, éste artículo presenta variadas particularidades, dignas de ser analizadas.

Una de ellas será la extensión con que es entendida esta función de “ejercer el Control de legalidad de los actos de la administración”. Sin entrar mayormente en materia, se debe destacar que, al menos, la intención que tuvo el constituyente al enunciarla en dichos términos, no fue encasillarla, meramente, en la ejecución del trámite de Toma de Razón.<sup>46</sup>

En otra línea, Gardais señala que dicho Control de legalidad puede interpretarse de dos formas. Por un lado estaría el Control de legalidad propiamente tal, sin adjetivos, que se ejerce de modo general a través de la Toma de Razón, y por su parte, aparece una segunda especie del mismo, más centrado en el aspecto financiero, que comprende “la fiscalización del ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de los municipios y de los otros organismos y servicios que determinen las leyes.”<sup>47</sup>

Otro punto a analizar, sobre el mismo precepto constitucional, recae en la suerte de transformación histórica que ha sufrido el reconocimiento constitucional realizado a las funciones de la Contraloría, dado que en un comienzo el órgano fue concebido como un

---

<sup>45</sup> Cabe tener presente que la enumeración actual, del precepto en comento, la adquirió fruto de la última reforma constitucional, realizada a través de la Ley 20.050 de Agosto de 2005. De todas formas, la norma no presenta diferencias materiales al resultar contrastada con el anterior artículo 87.

<sup>46</sup> En este sentido se pronunció el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz, en la sesión número 322 CENC del Martes 25 de Octubre de 1977, al señalar: “*el término “control de legalidad” utilizado en el primer inciso del artículo 87 refleja el verdadero carácter de la Contraloría General, que no se circunscribe a la toma de razón. De hecho, la ausencia de esta frase en la Constitución de 1925, ocasiona el problema, de que, cualquier lector del artículo 21 de dicha Carta Fundamental, que no conozca la realidad chilena, se formaría una idea muy distinta de lo que es ese organismo en relación con la realidad práctica y con las funciones jurídicas que verdaderamente desempeña en Chile, y que hasta el momento, sólo ha tenido por reconocidas a través de su propia ley orgánica y de otras disposiciones legales.*” (la cursiva es mía).

Por su parte el comisionado Ortúzar, en la sesión 326 CENC del día Miércoles 9 de Noviembre de 1977, indicó que: “*El control de legalidad realizado por la Contraloría tiene un carácter mas general que preventivo, ya que la función fiscalizadora comprende “el ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y demás servicios”, el juzgamiento de cuentas, entre otras, lo que envuelve, en cierto modo, el control no preventivo, sino también el a posteriori de la ilegalidad.*” (la cursiva es mía). República de Chile. “*Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.*” Editorial Talleres Gráficos de la Gendarmería de Chile. Santiago. 1981. pp 1703 y 1760.

<sup>47</sup> Gardais Ondarza, Gabriela. Ob.cit. p.53.

“Tribunal de Cuentas”. Dicho tribunal tendría a su cargo el Control de la legalidad de los ingresos e inversiones realizadas por la administración.<sup>48</sup> Lo que no resulta totalmente identificable es en qué momento el órgano contralor pasó a formar parte trascendente en el proceso de generación de productos jurídico-administrativos, y dejó, en segundo plano, las funciones económico-contables con las que fue originalmente concebido.<sup>49</sup> De hecho, desde el mismo nivel central de la Contraloría han surgido opiniones que catalogan su función como “esencialmente de Control de legalidad”.<sup>50</sup>

Pasando a otro punto, no se puede finalizar un análisis del mencionado artículo, sin destacar, que para lo que dice relación con la función de la Contraloría, ésta norma se constituye en un verdadero “mandato general de Control”, y también, en cierta medida, en una habilitación para que dicho órgano pueda desarrollar y ampliar sus horizontes de fiscalización, al momento de encontrarse con materias que le son ajenas o donde no dispone de competencia. Así, en más de una oportunidad, a través de su Jurisprudencia Administrativa, el nivel central a dejado patente este criterio, que de alguna u otra forma, resulta de suma importancia para fundamentar la Toma de Conocimiento. Justamente, el dictamen número 37.352 de 1999, se refiere a dicho artículo en relación con el mencionado trámite, al expresar: “...por las municipalidades, deben enviarse a Toma de Conocimiento, pero solo aquellos que en razón de los aspectos sobre que versen y el monto a que asciendan, estén comprendidas en las categorías contempladas en los números 1, 2 y 3 del oficio 40.506 del año 1995 de la Contraloría. Ello, porque conforme al artículo 87 de la Constitución, corresponde al ente fiscalizador ejercer el Control de legalidad de los actos de la administración y fiscalizar el ingreso e inversión de los fondos municipales...”<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Al menos en esta forma lo manifestó el informe presentado por la “Misión Kemmerer” al finalizar sus estudios en nuestro país en el año 1927, comisión de economistas que concibió a la Contraloría como un órgano de naturaleza esencialmente económica. Cfr. Pfeffer Urquiaga, Emilio. “Manual de Derecho Constitucional”. Tomo II. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago. 1990. p.339. Recabarren Delgado, Ricardo. Ob.cit. p.43.

<sup>49</sup> En este sentido ver Aldunate Lizana, Eduardo. “La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Número XXVI. Semestre II. 2005. pp.21a 26.

<sup>50</sup> Así lo ha manifestado el ex Contralor General, Arturo Aylwin Azócar, al intentar explicar el alcance de la función del órgano contralor: “El cumplimiento de nuestra misión parte de un nuevo concepto de legalidad, que va mas allá de las formas y procedimientos. Lo que a la comunidad le interesa es que los servicios públicos funcionen bien, que hagan lo que deben hacer, que los recursos que les entrega el Estado para fines determinados sean empleados efectivamente en tales fines, respetándose los grandes valores y derechos que contempla el ordenamiento jurídico. Eso es, precisamente, lo que, en definitiva, persigue la ley.” (la cursiva es mía). Aylwin Azócar, Arturo. Ob.cit. p.604.

<sup>51</sup> En este mismo sentido, el dictamen número 22.857 de 7 de Enero de 1994 dice lo siguiente: “..la emisión de tales pronunciamientos, obedece a la atribución que ha entregado a Contraloría el citado artículo 87 de la ley suprema, de precisar el sentido y alcance de las leyes, para su correcta aplicación por los organismos públicos, lo que precisamente se materializa a través de dictámenes que son obligatorios para aquellos..”; para agregar mas adelante: “...pues es inaceptable pedir a esa corte que ordene al contralor se abstenga de fiscalizar a dicha empresa, siendo que por mandato constitucional y legal, tiene la facultad y el deber de hacerlo.”

Otro dictamen que cobra especial relevancia en la búsqueda de bases constitucionales de la Toma de Conocimiento, es el número 20.697 de 2 de Julio de 1997, que enuncia lo siguiente: “Conforme el artículo 87 de la Constitución, todo acto de la administración, de la cual forman parte los municipios, esta sujeto al control de legalidad por parte de este órgano de control, siendo la toma de razón, regulada en el artículo 88 del texto constitucional, considerando su especial relevancia, solo una de las formas en que puede realizarse tal control, con el cual tiene una relación de genero a especie. Por ende, el que los actos o resoluciones de las Municipalidades no estén sujetos a toma de razón por excluirlos el artículo 46 de ley 18.695, ello no significa que

Se puede decir, entonces, que la Toma de Conocimiento tiene base constitucional, que no obstante ser bastante genérica, ha sido utilizada en variadas oportunidades por el ente contralor para justificar sus actuaciones.<sup>52</sup>

B) En la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República .-

La Toma de Conocimiento también encuentra argumentos normativos en su LOC, dado que dicho cuerpo legal en el inciso primero de su artículo 1 entrega un texto que, a simple vista, no presenta diferencias sustanciales con el de la norma constitucional precitada.

Dicha norma sólo profundiza un tanto más en las mismas funciones que son enumeradas en la carta constitucional, y realza el carácter autónomo del órgano contralor, en relación con otros organismos. Por dichas razones, no es necesario realizar un análisis pormenorizado de dicho precepto.<sup>53</sup>

Por otro lado, el artículo 9 de la LOC (en directa relación con lo señalado por el artículo 91 de la misma) faculta al órgano contralor para solicitar a los municipios los informes que sean necesarios, para fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos municipales. En variadas ocasiones, la Contraloría ha hecho alusión al texto de esta disposición, que en sus primeros incisos enuncia: “El Contralor General estará facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que

---

queden al margen del control de legalidad que constitucionalmente corresponde ejercer a esta entidad fiscalizadora, lo que se confirma con lo señalado en artículos 44 y 45 de la referida ley.” En similares términos se expresa el texto del dictamen número 48.527 de 21 de Octubre de 2005.

---

<sup>52</sup> El nivel central de la Contraloría ha manifestado en sus textos oficiales, la misma tesis enunciada, en materias conflictivas, como el alcance fiscalizador que tiene la realización del trámite de Registro.: *“No está en discusión que el registro municipal constituye por su naturaleza un acto puramente material, diferente a la toma de razón, con el objeto de incorporar al Registro de personal los hechos más significativos de la carrera de cada funcionario. Sin embargo, tal anotación no impide que el Organismo Contralor aproveche esa ocasión para examinar el respectivo acto y haga presente a la autoridad las ilegalidades que se detecten, a fin de que se restablezca el imperio del derecho mediante las correcciones o invalidaciones correspondientes, labor, que por lo demás, no sería contraria a derecho por encontrarse nuestra institución habilitada para tales efectos por lo preceptuado en el artículo 87 de nuestra carta fundamental.”*(la cursiva es mía). Cruz Benardos, Hugo. Ob.cit. p.15.

Otro ejemplo, en el que el ente contralor ha utilizado la misma tesis, se produce en aquellos casos en que la Contraloría ha detectado infracciones en la gestión de alcaldes sometidos a su fiscalización. En dicha dirección se pronunció, mediante el dictamen número 1.695 de 2005, la Contralora Regional de la región de los Lagos , en que aplicó el artículo 61 de la LOCBGAE, lo que acarreó la suspensión en el cargo del alcalde de Chaitén, don José Fritis Pérez.

En doctrina, la situación producida ha sido latamente discutida. Así, mediante intercambio de opiniones, vía correo electrónico, el profesor Eduardo Aldunate tuvo la gentileza de plantear que el principal problema radica en que la propia Contraloría no tiene sobre sí ningún tipo de fiscalización, tal vez respondiendo a sus caracteres de organismo autónomo. Frente a lo esencial, la actuación del ente contralor, si es que resulta contrastada con lo señalado en el artículo 7 de la CPR, alcanzaría incluso ribetes de inconstitucional y nula. En esta misma tesis se han apoyado quienes no han resultado beneficiados por estas actuaciones de la Contraloría. De hecho, en más de una oportunidad los afectados han solicitado la Nulidad de Derecho Público, de dichas actuaciones, ante los Tribunales de Justicia.

<sup>53</sup> Solo a modo de apreciación, el mismo texto quiso ser incluido en la CPR de 1980, a proposición del Contralor General de la época, Héctor Humeres Magnan, pero fue rechazado por la Comisión de Estudio al considerar que las características que reviste dicho texto eran demasiado ambiciosas para un órgano tan importante. (aludiendo principalmente a la independencia de todos los demás poderes). En esta línea apuntan quienes creen (entre ellos Soto Kloss), que la función entregada a la Contraloría, la hace ostentar el grado de poder de Estado, en igualdad de condiciones que los tres reconocidos clásicamente en la teoría constitucional. Cfr. Pffefer Urquiaga, Emilio. Ob.cit. p.340.

tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio.

El Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de Servicios o funcionarios, los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponda.”

C) En otras Leyes .-

Bien es sabido que según el artículo 1 de la LOCBGAE, las Municipalidades, al estar insertas en el listado de órganos que realiza dicha norma, pertenecen a la Administración del Estado. Ello debe ser relacionado armónicamente con el texto del artículo 50 de la LOCM, que enuncia lo siguiente: “Las municipalidades se regirán por las normas sobre administración financiera del Estado.”

Siguiendo en la misma línea, el artículo 51 del mismo cuerpo legal hace alusión a lo siguiente: “Las municipalidades serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al alcalde, al concejo y a las unidades municipales dentro del ámbito de su competencia.”<sup>54</sup>

Se puede interpretar, de esta forma, que la Contraloría está llamada a realizar una fiscalización de los órganos que conforman la Administración del Estado, administración a la que pertenecen los municipios, y que, por ende, también son objeto de dicha fiscalización.

Por lo mismo, en este campo, el ente contralor tendría amplísimas facultades de controlar, incluso cuando no tenga la autorización expresa de la Ley, como justamente ocurre con la Toma de Conocimiento.

Otra norma que resulta menester analizar es el artículo 52 del Decreto Ley número 1.263 de 1975 del Ministerio de Hacienda, que dice lo siguiente: “Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al Control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorias para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.”

Al relacionar todas las normas enunciadas, se desprende que la Contraloría tiene como misión fundamental, el resguardar el estado financiero de la Nación y que los recursos sean correctamente utilizados en los fines para los cuales han sido ellos previstos. Esta misión, como queda claro de la lectura de los preceptos, la lleva adelante el órgano contralor aún cuando no exista un mandato específico que así lo manifieste.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> A ambos artículos se ha hecho alusión en el nivel central en el dictamen en que manifiesta las normas en que apoya su actuar en relación a la toma de conocimiento. Dicho dictamen es el ya aludido 37.352 del año 1999.

<sup>55</sup> En palabras del ya enunciado dictamen número 37.352 de 1999, en que la Contraloría hace alusión a todos estos preceptos, cabe destacar que: “...una de las formas en que la entidad de control cumple con aquella

### Capítulo III : Alcances jurídicos de la Toma de Conocimiento.-

#### 1.- Principios que informan el actuar de la Contraloría General de la República y que repercuten en el trámite.-

Conocidos ya los principales soportes normativos que tiene la Toma de Conocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y las razones más relevantes que originaron el trámite, corresponde analizar, ahora, cuáles son los principios fundamentales en que la Contraloría se apoya para realizar esta importante función.

En el año 2003 nace, desde el nivel central de la Contraloría, un texto denominado “Doctrina Institucional”, cuya finalidad es fijar los principales objetivos y políticas que envolverán el actuar del órgano contralor, constituyéndose, de este modo, en una verdadera declaración de principios para dicho ente.<sup>56</sup> Así, dicho texto comienza enunciando la misión que le compete ejecutar a la Contraloría en nuestra sociedad, aludiendo a lo siguiente: “La Contraloría General de la República es un Organismo Superior de Control de la Administración, dotado de autonomía y que, sobre la base del principio de juridicidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección y debido uso del patrimonio público, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa, y la fidelidad y transparencia de la gestión financiera del Estado, finalidades que deben lograrse con un alto nivel de excelencia”.<sup>57</sup>

De tal declaración, se pueden desprender, entonces, una serie de principios fundamentales en los cuales el órgano contralor basa sus actuaciones, y que, de este modo, también repercuten en la Toma de Conocimiento como vía de Control.

##### i) Tutela de la Probidad Administrativa .-

El deterioro de los valores éticos, dentro de nuestra sociedad, constituye un fenómeno, que se ha visto manifestado en situaciones puntuales de corrupción, que aparte de acarrear significativos perjuicios para el patrimonio estatal y el interés de la ciudadanía, pueden, en determinadas circunstancias, llegar a comprometer la estabilidad institucional del país, si ello se generaliza. Para evitar ello, entonces, la actividad fiscalizadora de la Contraloría, constituye un pilar fundamental en la protección de este principio ético.<sup>58</sup>

---

normativa es la Toma de Conocimiento, modalidad aplicada a los actos sobre ejecución de obras, dispuestos por los municipios, materializado a través del envío de documentación a sus dependencias...”

<sup>56</sup> Texto aprobado por Resolución exenta número 1.202 de 18 de Julio de 2003, bajo la administración del Contralor General Gustavo Sciolla Avendaño.

<sup>57</sup> Contraloría General de la República. “Doctrina Institucional”. Imprenta de la Contraloría General de la República. Santiago. 2003.p.7

<sup>58</sup> En esta misma línea se pronuncia la Política General número 3, establecida en la Doctrina Institucional: “Efectuar las acciones de fiscalización sobre la base de los principios de probidad o transparencia, asegurando un control objetivo, finalista, oportuno, orientador, multidisciplinario, trascendente, selectivo y no entrabante”. Ibid. p.8.

Así, el órgano contralor, conciente de los peligros aludidos y de las irregularidades que se producen, ha intensificado sus labores de investigación y ha expandido su cobertura de fiscalización, sobretodo en aquellas áreas que involucran recursos fiscales importantes y que pueden verse especialmente vulneradas (como ocurre con el objeto de Control propio de la Toma de Conocimiento).<sup>59</sup>

ii) Resguardo del patrimonio público .-

El órgano contralor, en su acción, tiene por objeto velar por la integridad del patrimonio público y garantizar que los recursos pertinentes sean administrados regular, racional y eficientemente, conforme a las exigencias impuestas por el propio ordenamiento jurídico.

El debido resguardo del patrimonio estatal, en los términos precisados, implica una fiscalización de los recursos financieros y de los bienes que tienen a su cargo los organismos de la Administración Pública.<sup>60</sup>

iii) Fidelidad y transparencia de la gestión financiera del Estado .-

Sabido es que los recursos públicos están destinados a satisfacer las necesidades colectivas, es por ello que la gestión financiera de los organismos que conforman el Estado, debe ser fiel a ese objetivo esencial, de manera que reflejen su acción en instrumentos presupuestarios y contables fidedignos y, obviamente, dirigirse en una posición de transparencia hacia la sociedad.

Frente a ello, la Contraloría, centraliza y consolida este accionar a través del ejercicio de la Contabilidad General de la Nación, ejercicio que posibilita que los recursos escasos con que cuenta el sector público, para cumplir con sus objetivos, sean empleados de manera eficiente, sobre bases sólidas y fidedignas.<sup>61</sup>

- La especial situación que se produce con el Principio de Legalidad .-

Resulta al menos insólito que en un listado de principios que fundan el actuar de la Contraloría, en determinada materia, no se haga alusión al principio angular, que informa todo el actuar de la Administración Pública nacional y que se transforma, a la postre, en su más encarnizado objeto de defensa, por todos, a saber, el principio de legalidad. Sólo a modo general, baste indicar que, dicho principio, se traduce en que toda la actividad de la Administración Pública nacional debe ajustarse al ordenamiento jurídico, esto es, a todas las normas que lo conforman y estructuran, tanto las establecidas por la CPR, como las de carácter legal o reglamentario (incluidas también las contenidas en Tratados Internacionales).

---

<sup>59</sup> Cfr. Sciolla Avendaño, Gustavo. Ob.cit. p.34.

<sup>60</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>61</sup> Cfr. Ibid. p.35.

Ahora bien, el tratamiento especial con se analizará el citado principio, responde a la especial situación que lo rodea en relación al mecanismo de Control en estudio.

De este modo, y atendiendo a lo anterior, resulta fundamental destacar las siguientes consideraciones:

i) No existe normativa explícita en nuestro ordenamiento jurídico que reconozca la realización del trámite, su procedimiento ni sus posibles efectos.<sup>62</sup>

ii) A contrario sensu, existe normativa que expresamente deja exentas a las Municipalidades de fiscalización en los decretos que recaigan sobre la materia.

Vistas las anteriores consideraciones, resulta al menos válido plantear la interrogante de si existe o no contradicción entre el actuar del órgano contralor, en la materia referida, y el aludido principio.

En su momento hubo oportunidad de analizar todos los fundamentos jurídico-normativos esgrimidos por el órgano superior de Control para respaldar su actuar en materias alejadas de su competencia, ahora, teniendo dichos fundamentos en vista, se expondrán los razonamientos provenientes del mismo ente, en atención y relación directa con la realización del trámite de conocimiento:

i) No existe contradicción alguna con el principio de legalidad ni con el ordenamiento jurídico vigente, dado que la Contraloría está habilitada por la CPR y su propia LOC para poder realizar, no sólo éste, sino todos los procedimientos de Control que resulten necesarios, con tal de llevar adelante la importante función que ostenta.

ii) Que los decretos municipales estén exentos del trámite de Toma de Razón, no significa que la Contraloría no pueda crear un procedimiento anexo y diverso al enunciado, para poder fiscalizar a dichos entes.

Sin ir mas allá, el órgano contralor dispone para ello de autorización expresa en la LOC y en la misma LOCM, como ya se tuvo oportunidad de observar.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Como se ha desprendido de la lectura de anteriores apartados, la ejecución del trámite responde a la existencia de productos jurídicos emanados de la propia Contraloría, y a una serie de interpretaciones, que, se realizan tanto a las normas, ya enunciadas en su oportunidad, como también a ciertos mandatos generales que la normativa nacional realiza al ente contralor.

<sup>63</sup> Preciso resulta traer a colación lo señalado por el dictamen número 1.477 de 1 de Enero de 2006: “En ese mismo sentido, el artículo 52 de la Ley número 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, señala que en el ejercicio de sus funciones de control de legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes sobre todas las materias sometidas a su control, de modo que resulta evidente que la exención de la toma de razón de un acto no equivale a la carencia de atribuciones para pronunciarse sobre la juridicidad del mismo.”

Otro dictamen que configura la misma tesis, es el 14.645 de 26 de Abril de 2000, al indicar: “Los actos exentos del trámite de toma de razón no se encuentran afectos a control de legalidad por parte de esta Entidad de Fiscalización, toda vez que aquél constituye sólo uno de los mecanismos en que puede realizarse tal control, pero no el único.”; agrega más adelante: “Cabe tener en cuenta, que la propia ley número 18.695, en sus artículos 51 y 52 zanja toda duda al disponer que los Municipios y, por ende, todos sus actos, son fiscalizados por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica Constitucional número 10.336, y que, en ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, esta Entidad puede emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control.”

Resulta necesario recalcar que el nivel central, en el último dictamen aludido, deja un importante cierre, que permite hacer más evidente aún la opinión que la Contraloría tiene sobre el punto en comento, a saber: “No existe

iii) La Toma de Conocimiento es un procedimiento de Control, creado por la vía de las instrucciones y dictámenes del nivel central del ente contralor, facultad expresamente reconocida en su LOC.<sup>64</sup> Por su parte, una interpretación armónica de los artículos 1, 5, 6, 9, 16 y 19 del mismo cuerpo normativo permite, al menos en forma indirecta, legitimar normativamente al trámite.

iv) Finalmente, resulta al menos impresentable que se critique la realización de un mecanismo de Control, más aún, considerando que las materias sobre las que recae son al menos complejas. Por lo mismo, ningún actuar tendiente a la transparencia o mayor cobertura de fiscalización podría ser catalogado de “arbitrario”.<sup>65-66</sup>

## **2.- Cobertura de la fiscalización.-**

Ya es claro que el trámite de conocimiento existe y trae consecuencias y repercusiones para quienes se ven relacionados con él. Por lo mismo, interesante resulta ahora, demarcar el objeto de Control que cubre este tipo de fiscalización, que no resulta del todo claro.

### **A) De las obras municipales.-**<sup>67</sup>

En los últimos decenios los municipios han intensificado su labor corporativa dentro de la comunidad, hecho que reviste enorme importancia, ya que fruto de lo mismo, estos entes

---

*pues, disposición alguna, que impida a la Contraloría General de la República fiscalizar la juridicidad de las actuaciones municipales, en cualquier momento.”* (la cursiva es mía).

<sup>64</sup> En otro párrafo del ya aludido dictamen 1.477 de 2006, se señala: “En ese sentido, cabe precisar que esta Entidad de Fiscalización posee la atribución constitucional –artículo 98 de la Carta Fundamental– de fiscalizar la legalidad de los actos de la Administración, considerada ésta en la acepción que consagra el artículo 1º de la Ley número 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Tal potestad se ejerce especialmente a través de la toma de razón, pero también por otros medios que franquea el ordenamiento jurídico, como es la emisión de dictámenes, conforme a su Ley Orgánica Constitucional, número 10.336, atribución que en su caso se ejerce con arreglo a las normas de la hermenéutica que la propia legislación prevé.”

<sup>65</sup> No debe perderse de vista que, el Control es un elemento angular en todo Estado democrático y constitucional de Derecho y, además, en una situación ideal de eficacia, el Control de la actividad administrativa debería abarcar el cien por ciento de la gestión, situación que, como puede observarse, no sucede en nuestro país. Ello no ha coartado el prestigio con que cuenta nuestro órgano contralor en el ámbito internacional, que, no obstante, se ha visto mermado por los últimos escándalos de corrupción que surgieron en el ámbito local, como el mismo caso Chiledeportes. Basado en entrevista a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

<sup>66</sup> En ocasiones, y sobre el punto en comento, la Contraloría ha recurrido a la opinión de importantes juristas, como el mismo García de Enterría, para justificar este tipo de actuaciones. Dicho autor señala en uno de sus textos: “*No puede menos que reconocerse que todos los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que no supone la existencia de esferas de acción inmunes al Derecho y en lo que éste prescribe, porque todos los actos son susceptibles de análisis y enjuiciamiento según criterios y métodos jurídicos.*” (la cursiva es mía). García de Enterría, Eduardo. Citado por Gardais Ondarza, Gabriela. Ob.cit. p.41. Más aterrizado a la realidad nacional resulta el comentario de Aldunate: “*Si se atiende exclusivamente a los resultados del último decenio, resulta claro que ese reforzamiento no sólo no se ha producido, sino que la actividad de control es absolutamente insuficiente para resguardar el interés de la hacienda pública. Resulta innecesario hacer mención aquí a la cantidad de casos en los cuáles ha quedado en evidencia la falta de control, y que sólo han visto la luz por circunstancias accidentales. Baste mencionar aquí el caso MOP-Gate..*”, para más adelante agregar: “*..y una serie de fraudes cometidos por funcionarios públicos, para demostrar que el diseño de la Contraloría como órgano de control es claramente deficitario.*”(ambas cursivas son mías). Aldunate Lizana, Eduardo. Ob.cit.p.25.

<sup>67</sup> Para efectos de esta investigación y del trámite en comento, el hablar de Obras Municipales o de Obras Públicas o Fiscales de modo indistinto, no tiene significación alguna.

han jugado un rol fundamental en el desarrollo de las comunas.<sup>68</sup>

Lo anterior, se materializa en la concreción de muchos proyectos educativos, urbanísticos, recreacionales, de vivienda y servicio, y otros, que, las Municipalidades han concretado mediante la figura de las obras municipales.

Frente a esta realidad, el órgano contralor no podía quedar al margen y constituye a las enunciadas obras, en el principal objeto de Control de la renombrada Toma de Conocimiento.

i) Generalidades de las obras municipales en relación a la Toma de Conocimiento .-

Antes que todo, se entenderá como obra municipal, para efectos de esta investigación a: *“La ejecución física de un bien inmueble, gestionada o mandatada por una Municipalidad, que es financiada con fondos públicos o municipales y que está destinada a satisfacer una necesidad comunitaria”*.<sup>69</sup>

Al hablar de obras municipales, es imposible pensar en un sentido unívoco, dado que existen muchas formas de realizarlas. Así, existen reparaciones de obras, remodelación, mantención, ampliación, y obviamente construcción de las mismas, y todas ellas caben dentro del concepto enunciado.

Ahora bien, resulta importante destacar, en este punto, que no toda ejecución de obra municipal implica la suscripción de un contrato de obra pública. Ello sólo se dará si se cumple con los siguientes requisitos:

- Que se convenga la ejecución completa de una obra municipal.
- Que la empresa contratista, que se adjudique la ejecución de la obra municipal, se comprometa a aportar la mano de obra y los materiales (la única excepción puede darse en el caso que el mandante aporte ciertos materiales, pero que dicho aporte no influya sustancialmente en el valor del contrato).<sup>70</sup>

Lo anterior, reviste enorme importancia para la Toma de Conocimiento, pues, según lo señalado, por el ya enunciado dictamen 40.506 de 1995, se le atribuye competencia al órgano contralor para tomar conocimiento de:

- Todos los documentos, antecedentes y respaldos que se refieran a la ejecución de un contrato de obra pública, cuyo monto sea igual o superior a 500 UTM.
- Todos los actos municipales que se refieran a proyectos y estudios, que estén directamente relacionados con la ejecución de un contrato de obra pública, cuyos montos sean iguales o superiores a 200 UTM.

---

<sup>68</sup> El propio ex Contralor General de la República, Arturo Aylwin Azócar, se refería a las Municipalidades de ésta forma para justificar la existencia del trámite y otras fiscalizaciones: “Hace mucho tiempo que las Municipalidades dejaron de ser los entes que se preocupaban de adornar la ciudad para los aniversarios y de recoger la basura una vez por semana”. Basado en entrevista a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

<sup>69</sup> Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. p.8.

<sup>70</sup> De lo enunciado se desprende, que la ejecución de una obra municipal, en que, el contratista sólo aporte la mano de obra, deberá entenderse como un contrato de prestación de servicios. En la misma línea, de comprometerse a entregar sólo los materiales, se está frente a una compraventa común y corriente. Cfr. Ibidem.

Este dictamen, de esta forma, fija el objeto de Control en que la Contraloría debe concentrar su acción fiscalizadora.

Resulta al menos necesario destacar que, toda obra municipal, estudio o proyecto, cuya ejecución signifique montos inferiores a los enunciados, quedará exento del trámite de conocimiento.

ii) Génesis de la obra municipal. El proceso de licitación .-

En el caso de las Municipalidades, toda vez que el monto, en que se base un contrato de obra pública, exceda de las 200 UTM, se deberá licitar mediante el sistema de propuesta pública.<sup>71</sup>

En líneas generales, la propuesta pública se materializa en la difusión realizada por quien gestiona la realización de la obra (en este caso la Municipalidad), en al menos dos medios de prensa escrita de amplia difusión y, además, en el Diario Oficial. Ello se realiza con el fin de convocar a las empresas contratistas interesadas, en la realización de la obra publicitada, en conformidad a las condiciones con que se ofrece.<sup>72</sup>

Lo que se acaba de enunciar, cobra relevancia en el momento, en que, cada sistema de licitación cuenta con sus peculiaridades y especiales características, lo cual, repercute en los documentos y antecedentes que se deben adjuntar al contrato de obra pública para su conocimiento.<sup>73</sup>

Así, toda obra municipal licitada mediante una propuesta pública, debe responder a ciertos pasos y procedimientos, que ahora se proceden a analizar.

-. Se detecta la necesidad y se desarrolla un diagnóstico de factibilidad

El mencionado procedimiento comienza con una etapa de diagnóstico, etapa en la cual surge o se detecta la necesidad, que puede emanar de la comunidad o bien provenir de los planes o políticas fijadas por el propio municipio.

Dentro de las principales necesidades que pueden aparecer, al momento de tomar la decisión de iniciar un proceso de licitación, se pueden enunciar: vivienda, educación, salud, servicios, vialidad rural o urbana, electrificación, obras sanitarias, entre otras.

---

<sup>71</sup> A ello se refiere el inciso cuarto del artículo 8 de la LOCM, al señalar: “La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales.”

<sup>72</sup> La Contraloría se ha manifestado en este respecto, mediante los dictámenes número 30.975 de 1968 y 20.165 de 1969, al señalar que el sistema de propuesta pública se sustenta en dos principios, a saber; igualdad de todos los licitantes ante la administración y cumplimiento estricto de las cláusulas contenidas en el pliego de condiciones o bases administrativas. En la misma línea, el artículo 62 de la LOCBGAE, en su numeral séptimo, establece: Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: 7. Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga. Cfr. Barra Gallardo, Nancy. “Consideraciones en torno a la contratación administrativa”. La Gaceta Jurídica. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Número 273. Marzo, 2003. p.273.

<sup>73</sup> Existe otros sistemas de licitación, como la propuesta privada, el trato directo y la administración delegada. Para mayor información sobre ellos ver Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. pp.18 y 19.

Posición fundamental dentro de este diagnóstico ocupará el estudio e investigación de las posibles vías de ejecución de la obra municipal y el financiamiento de la misma.<sup>74</sup>

En definitiva, lo que se lleva a cabo, en ésta etapa, es el proyecto de la obra municipal.

- Creación de las bases administrativas

Antes de entrar en las bases propiamente tales, resulta importante, en este punto, analizar someramente las instancias que participan en el proceso de licitación.

Por un lado, está el mandante, que es la unidad titular de los fondos que financian el proyecto, y que, está encargada de la gestión administrativa y financiera del mismo. Por el otro lado, encontramos al mandatario (empresa contratista particular, en este caso), al cual le estará encargado el desarrollo de la gestión técnica de la obra.

Así, el mandante será el encargado de crear las bases administrativas (en adelante BA), las cuáles pueden ser de dos clases:

- Existen las BA generales, que responden a la idea de un marco regulatorio o estatuto básico de normas, establecidas por el mandante, que, regularán la relación con el mandatario. En otras palabras, son el conjunto de disposiciones sobre procedimientos y términos, que regulan todos los contratos de obra pública de la Municipalidad que haga las veces de mandante.<sup>75</sup>

- Por otro lado, también existen las BA especiales, que complementan a las anteriores, y contienen menciones específicas sobre la obra que se está licitando. En éste sentido, al ser específicas, prevalecen frente a las generales, de existir conflicto entre ellas.<sup>76</sup>

Ambos tipos de BA, constituyen el marco jurídico, en que, mandante y mandatario se relacionan, durante el transcurso de la licitación. Para ello, las empresas contratistas interesadas en la ejecución de la obra municipal, deberán primero adquirir dichas bases y posteriormente decidir si participarán o no en el proceso de licitación.<sup>77</sup>

Una vez ofrecidas las BA a los particulares, el mandante podrá realizar aclaraciones a las mismas, las cuales serán dirigidas a todos quienes las adquirieron.

---

<sup>74</sup> Las vías de financiamiento de una obra municipal son amplias, dentro de ellas se pueden enunciar los fondos sectoriales, los fondos nacionales de desarrollo regional, préstamos internacionales, convenios para el mejoramiento y calidad de la educación (MECE), convenios Chiledeportes y aportes de la misma comunidad. Ello dependerá, de alguna u otra forma, del objetivo y la necesidad que se persiga con la obra en cuestión. En este mismo sentido, para mayor información ver Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. pp.15 y 16.

<sup>75</sup> Entre las menciones que contienen, se puede destacar: modo en que se realizará la licitación, conceptos básicos y especificaciones técnicas necesarias, detalle de los documentos que se exigen, plazos, modalidad del contrato, forma de adjudicación, cancelación y recepción de las obras, liquidación del contrato, etc. Cfr. Ilustre Municipalidad de Valdivia. “*Bases Administrativas Generales. Contratos de Ejecución de Obras por Propuesta Pública*”. Año 2005.

<sup>76</sup> Aquí las principales menciones serán: identificación completa y precisa de la obra, fechas para la presentación de los documentos, ofertas y garantías, de cómo se realizará la apertura de la licitación, plazos estimados para la recepción de las obras, etc. Cfr. Ilustre Municipalidad de Valdivia. “*Bases Administrativas Especiales. Propuesta Pública número 234-2005. Primer y Segundo Nivel de Transición Nueva Escuela el Bosque*”. 17 de Agosto. 2005.

<sup>77</sup> Las BA pueden ser vendidas por la Municipalidad en sus dependencias o en el lugar que ella determine, o bien, ser publicadas en el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl). Basado en opinión extraída de entrevista realizada a Marjorie Contreras, Constructor Civil, encargada de los procesos de licitación por la empresa constructora “Los Avellanos S.A”. Realizada el día Jueves 24 de Octubre de 2006 en la ciudad de Valdivia.

Una vez realizadas dichas aclaraciones, será completa decisión de la empresa contratista el seguir adelante con el proceso y realizar una oferta.

-. La realización de las ofertas

En las BA y demás publicaciones relativas a la licitación, se establece el modo, fecha y hora, en que se recepcionarán las ofertas de las empresas contratistas interesadas en la ejecución de la obra municipal.

Estas ofertas deberán regirse minuciosamente por lo señalado en las BA y serán recepcionadas por el municipio en la forma que se haya establecido en las mismas.

Por regla general, la presentación de las ofertas se realizará en dos sobres o paquetes herméticamente sellados. Uno de ellos se denomina “Documentos Anexos” y contendrá toda la documentación exigida en las BA. El otro, llamado “Propuesta”, incluirá todo lo relativo a la parte económica y presupuestaria de la obra licitada.<sup>78</sup>

Recepcionadas las ofertas de los interesados, y dependiendo del plazo que se haya fijado en las BA, la Municipalidad encargará a una comisión técnica el hacerse cargo de la ceremonia pública en que se abrirán las ofertas presentadas.<sup>79</sup>

El primer sobre en abrirse será el de “Documentos Anexos”. Para dicha labor la comisión designada analizará con las BA “en mano” si se cumple o no con todo lo solicitado.

Este procedimiento busca ser lo mas exhaustivo y estricto posible, dado que si no se cumple con todos los requisitos exigidos, el ofertante quedará excluido por encontrarse su propuesta “fuera de bases” y ni siquiera se procederá a la apertura del sobre “Propuesta”, que contiene la oferta económica para la ejecución de la obra (incluye el presupuesto detallado y la formulación oficial de la oferta económica que se realiza).<sup>80</sup>

Si la comisión técnica (después de un acabado estudio de los antecedentes), determina que una empresa contratista ha cumplido a cabalidad con todo lo exigido, deberá, entonces, emitir un informe de preselección de una de las ofertas. Este informe será dirigido al jefe del departamento encargado de gestionar la realización de la obra municipal.

---

<sup>78</sup> Entre los documentos que debe incluir el sobre de “Documentos anexos” encontramos: ambas BA firmadas, especificaciones técnicas y planos firmados, formulario completo de identificación del oferente y su equipo de profesionales a cargo de la obra, el formulario tipo de declaración jurada, certificado de inscripción en el registro de contratistas, boleta de compra de las BA de la licitación, certificado de capital bancario, entre otras de menor importancia. Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. p.28.

<sup>79</sup> Sobre dicha comisión se ha manifestado la Contraloría en el dictamen 3.174 de 1982 al señalar: “El servicio que desee encomendar la ejecución de una obra pública a una unidad técnica, deberá crear una Comisión que se encargará de la parte técnica y administrativa de elaboración de estudios, bases administrativas, especificaciones técnicas, llamado y adjudicación de propuestas, etc.”

<sup>80</sup> Por regla general, participa en esta comisión técnica el abogado de la Municipalidad, quién será el encargado de abrir los sobres y revisar los documentos. En ocasiones, el procedimiento suele ser, incluso semánticamente demasiado estricto, dándose casos en que en las BA se alude a “sobres” y la empresa contratista presenta la documentación en “carpetas”, y por esta razón queda excluida su propuesta. Luego, lo único que se persigue con ello es que el procedimiento resulte lo mas transparente y objetivo posible, al realizarse con la mas irrestricta sujeción a las BA y, además, ante la presencia de todos los delegados de las empresas contratistas que están participando de la licitación. Basado en entrevista a Marjorie Contreras. Ver cita número 77.

### - La adjudicación de la propuesta pública

Es momento de tomar la decisión referente a cual será la empresa contratista que se constituirá en mandatario del municipio, en la ejecución de la obra licitada. Para estos efectos, la adjudicación será, entonces, la decisión adoptada por el jefe del departamento que corresponda (dependiendo ello de la Municipalidad que gestione la obra), sobre cual de los ofertantes deberá llevar a cabo la obra proyectada.

Ahora bien, el resultado de la adjudicación puede responder a una serie de factores, generalmente dependiendo de la finalidad que se persiga con la obra y de las condiciones que motivaron su origen.<sup>81</sup>

Tomada la decisión, por el encargado de la unidad que corresponda, se enviará a la empresa contratista una carta, notificándole de su selección y citándole para la firma del contrato de ejecución de obra. Para todos los efectos, esta carta adopta la forma de un decreto municipal, que deberá seguir todas las formas y procedimientos que rigen al respecto para los actos administrativos.<sup>82</sup>

En el mismo momento en que se le adjudica la licitación a uno de los ofertantes, se debe proceder a la devolución de los documentos, antecedentes, respaldos y garantías presentadas por las empresas contratistas que no resultaron seleccionadas.

### iii) El Contrato de ejecución de obra .-

Apenas cumplidas las formalidades de la adjudicación de la licitación de la obra municipal, se debe proceder a la firma del contrato de ejecución de obra (en adelante Contrato de obra).

Antes de continuar, resulta imprescindible fijar un criterio de lo que se entenderá por dicho contrato, para efectos de esta investigación. En este sentido, Rodríguez señala que se trata de: *“El acto jurídico mediante el cual la Administración conviene con un contratista la ejecución de una obra determinada, en estricta conformidad con las bases administrativas y demás cuerpos legales y reglamentarios aplicables a la especie.”* (la cursiva es mía).<sup>83-84</sup>

En atención a la relevancia de las materias que regula este contrato, está rodeado de una serie de formalidades. En principio, éstas serán enunciadas en las BA, pero de todas formas, ambas partes pueden acordar ciertos puntos, como por ejemplo la protocolización del

---

<sup>81</sup> Algunas consideraciones que se esgrimen al momento de adjudicar una Propuesta Pública, son:

- Si para el mandante prevalece el factor económico; prevalecerá la oferta más económica.
- Si está más presente el factor urgencia o emergencia; ejecutará la obra quien la haya ofrecido en menor plazo.
- Si es más importante el factor social; prevalecerá quien ofrezca emplear mayor mano de obra local.

Para mayor información, Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. p.30.

<sup>82</sup> En este sentido, ver Ley número 19.880 de 2003, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>83</sup> Cfr. Ibid. p.33.

<sup>84</sup> En un sentido mas general, Rufián define el mismo contrato como: “Aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación o conservación de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen obras públicas por cuenta de la administración a cambio de un precio.” Rufián Lizana, Dolores. *“Manual de Concesiones de Obras Públicas”*.FCE. Santiago. 1999. p.17.

mismo. Un punto que es claro, es que dicho contrato sólo se perfecciona en el momento que la empresa contratista hace entrega, al representante del municipio, de la boleta de garantía por el fiel cumplimiento del mismo.<sup>85</sup>

Baste con traer a colación que, el trámite de conocimiento que emprende el ente contralor recae, en primer término, sobre el acto administrativo exento (en este caso un decreto municipal), que aprueba el Contrato de obra. Lo anterior, siempre y cuando, la obra contratada atienda a los montos indicados anteriormente.

En estas circunstancias, el municipio que contrató la obra, debe enviar a la Contraloría el expediente completo, con todos los documentos, antecedentes y respaldos del respectivo contrato, para que, de esta forma, el ente contralor proceda a la revisión de los mismos.

iv) Las etapas posteriores al Contrato de obra .-

Firmado y aprobado el Contrato de obra, la Municipalidad debe emitir un acta, que se denomina “De entrega de terreno”. Dicho acto administrativo habilita a la empresa contratista para iniciar, materialmente, la construcción de la obra municipal.<sup>86</sup>

Estando dicha acta en poder del contratista, se da por terminada la etapa de gestión administrativa de la obra y comienza la de construcción propiamente tal, que entrega a la empresa contratista la gestión técnica del proyecto.

En forma posterior a la suscripción del Contrato de obra, se pueden distinguir claramente tres etapas:

- Cancelación de las obras

Consiste, básicamente, en la entrega de los aportes monetarios y financieros, que el mandante había comprometido para la realización de la obra. La forma en que dichas entregas serán realizadas debe, como en todos los demás casos, atender a lo especificado en las BA.<sup>87</sup>

- Recepción de las obras

La obra deberá ser recibida conforme, por la unidad que corresponda, dentro del municipio, cuando la empresa contratista haya dado fiel cumplimiento a la totalidad de las obras pactadas en el Contrato de obra, y además, estén éstas conformes con las especificaciones técnicas correspondientes, es decir, que no exista ningún tipo de observación pendiente.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Esta boleta se constituye en un instrumento para resguardar el normal desarrollo del contrato. Su monto puede variar, generalmente, entre un 3% y un 5% de su valor y, su periodo de vigencia e instancias de renovación se encuentra establecido en las BA. Esta garantía deberá mantenerse siempre vigente y renovarse cada vez que se otorga un aumento de plazo o de las obras mismas. Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. p.25.

<sup>86</sup> Algunas menciones que debe contener dicha acta son: identificación de la obra y el contratista, fecha de inicio de las obras y de su término, nombre del profesional a cargo de las obras por parte del contratista y del inspector técnico de obras designado por la Municipalidad, etc. Cfr. Ibid. p.34.

<sup>87</sup> Entre los distintos tipos de cancelación, se puede distinguir entre Anticipos, Estados de pago, Retenciones y Garantías Cfr. Ibid. p.38.

<sup>88</sup> No obstante lo anterior, existen variadas formas de recepción de una obra; ella será parcial cuando la obra se ha pactado en etapas; provisoria, cuando se realiza una revisión anterior a la definitiva, la cual, por su parte, corresponde a la conformidad total, prestada por el mandante con respecto a las obras proyectadas. También

Este proceso de recepción de las obras, se ve sujeto a una serie de etapas técnicas, mediante las cuales, los funcionarios encargados por la Municipalidad para estos efectos (especialistas en el área), inspeccionarán la calidad de la construcción y, sobretodo, si la obra fue ejecutada conforme a lo pactado en el contrato.

Si la comisión técnica, encargada de la recepción, da el visto bueno a la ejecución realizada por la empresa contratista, se deberá, entonces, suscribir una nueva acta, que se denomina “De recepción conforme”, que también deberá ser aprobada mediante decreto municipal.

#### - Liquidación del Contrato de obra

Para estos efectos, existen dos formas de liquidar un contrato de este tipo:

- Liquidación final sin cargo; Consiste en que el mandante, mediante un acto administrativo, concede el definitivo término y entera conformidad con el contrato pactado, es decir, el contrato se liquida a entera satisfacción de ambas partes.

- Liquidación final con cargo; En este caso, el mandante determina dar término anticipado al Contrato de obra, de mutuo propio o en acuerdo con el contratista. El mandante puede, si es que así estaba estipulado, formular y hacer efectivas eventuales sanciones contra la empresa contratista por determinados incumplimientos.<sup>89</sup>

La importancia que toda esta serie de procedimientos posteriores a la contratación de la obra, revisten para el mecanismo de Control en estudio, dice relación con que, cada vez que dichos procedimientos impliquen una modificación al Contrato de obra, deberán dirigirse también al órgano contralor para su Toma de Conocimiento. Todo lo anterior, siempre y cuando, se cumpla con los siguientes requisitos:

- Que la obra pactada mediante dicho contrato tenga un valor igual o superior a las 500 UTM.
- Que se trate de una modificación al Contrato de obra, en lo referente a la obra propiamente tal o a los plazos pactados. Por ejemplo, si el municipio ordena, por decreto municipal, que se cambie al inspector técnico de obra, ello no debe ir a Toma de Conocimiento, pues la modificación efectuada no dice relación ni con la obra ni con los plazos.
- Que implique la manifestación de la Municipalidad mediante un decreto municipal.<sup>90</sup>

#### B) De los funcionarios.-

Las Municipalidades, como entes corporativos, cuentan con una organización interna que no responde a un parámetro común para todas ellas.

---

existe una recepción única, en el caso que el mandante otorgue una única y definitiva conformidad con el producto ejecutado por le contratista. Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. pp.44 a 48.

<sup>89</sup> Cfr. Ibid. p.49.

<sup>90</sup> Basado en opinión extraída de entrevista realizada a Gustavo Rodríguez Concha, Arquitecto jefe de la Unidad VUOPT de la Contraloría Regional de los Lagos. Realizada el día Viernes 10 de Noviembre de 2006, en la ciudad de Puerto Montt.

Su estructura funcional responde, en la mayoría de los casos, a un criterio de necesidad y también (aunque en menor grado), a la eficacia y eficiencia de la gestión.<sup>91</sup>

Lo anteriormente dicho, no escapa a la realidad vigente en materia de obras municipales, para las cuales, dependiendo del municipio en cuestión, variará la unidad técnica o departamento encargado de la gestión administrativa de las obras.

i) Unidad técnica o departamento encargado de la gestión administrativa de las obras.-

La Contraloría, al momento de solicitar los documentos, respaldos y antecedentes del Contrato de obra en cuestión (y, como se pudo ver en su oportunidad, también sus respectivas modificaciones posteriores), para su Toma de Conocimiento, debe dirigirse, en primer término hacia el departamento o unidad técnica que gestionó el proceso de licitación y posterior realización de la obra municipal.

Ahora bien, dicha función recae, dependiendo de la comuna en que se encuentra radicado el municipio, en la Secretaría Comunal de Planificación o en la Dirección de Obras Municipales.<sup>92</sup>

No resulta menor el punto, dada la relevancia de la función que asumirá la unidad técnica designada en su caso. No se debe olvidar que, a ella le compete la creación de las BA, la designación de todas las comisiones técnicas que participen en el proceso de licitación y recepción de las obras, el nombramiento del inspector técnico de obra, entre otras importantes funciones.

Entonces, estando en curso la etapa de gestión administrativa de la obra municipal, dependerá de cada municipio, que unidad se haga cargo de dicha gestión.

Luego, la Contraloría, deberá dirigirse al jefe del departamento que corresponda para solicitar los documentos, antecedentes y respaldos pertinentes.

ii) Inspector fiscal o técnico de obras.-

Una vez que ha comenzado la etapa de construcción o de gestión técnica de la obra municipal, la unidad técnica encargada debe designar a un profesional especialista en el área, para supervisar la correcta ejecución del Contrato de obra.

A dicho profesional le corresponderá, entre otras funciones, fiscalizar que las obras se ejecuten con estricto respeto a lo proyectado, tanto en las BA como en el Contrato de obra, y

---

<sup>91</sup> En este sentido, ver artículos desde el 15 al 31 de la LOCM, bajo el título “Organización Interna”.

<sup>92</sup> La existencia o no de una Secretaría Comunal de Planificación en una Municipalidad, dependerá del número de habitantes que tenga la comuna en que ella se encuentre ubicada. Así, el artículo 16 de la LOCM señala: “En las comunas cuya población sea superior a cien mil habitantes, las municipalidades incluirán en su organización interna la Secretaría Municipal, la Secretaría Comunal de Planificación, y a lo menos, las unidades encargadas de cada una de las funciones genéricas señaladas en el artículo anterior.”

No obstante lo anterior, no existe un parámetro realmente objetivo para determinar que departamento hará las veces de unidad técnica, en lo relativo a las obras municipales. En ocasiones, ello depende mucho de la cantidad y calidad de los recursos humanos con que cuente dicha Municipalidad. Incluso, se ha dado la situación que en algunos municipios la SECPLAN gestiona la obra hasta cierto punto y luego se hace cargo la Dirección de obras Municipales. Basado en entrevista a Gustavo Rodríguez Concha. Ver cita 90.

verificar que los controles de calidad se hagan de acuerdo a lo establecido por las normas correspondientes.<sup>93-94</sup>

De esta forma, el inspector técnico de obra, tendrá a su cargo la importante misión de fiscalizar todos los eventos ocurridos en la construcción de la obra, pero no como su profesional a cargo (dado que dicha designación corresponde en forma exclusiva a la empresa contratista que se adjudicó la propuesta), sino como un tercero externo, mandatado por la administración para cumplir con dicha función.<sup>95</sup>

iii) Profesional encargado de la obra.-

La empresa contratista, al momento de decidir participar en la licitación de la obra municipal, debe fijar un equipo de trabajo para poder llevarla a cabo, el cual será determinado por ella libremente. Sin embargo, la designación del profesional encargado de la obra, por regla general, deberá responder al menos a determinados parámetros.

Así, los municipios del país exigen que quién ostente dicha condición cuente, al menos, con el título de arquitecto, constructor civil o ingeniero civil.<sup>96</sup>

La importancia que reviste este cargo, es que, tomando en consideración toda la normativa que rodea la construcción de una obra, y además, todo lo que resulte especificado en las BA, cualquier daño a terceros que se origine de la construcción de ella, derivará la responsabilidad sobre la empresa contratista, que, a su vez, confió en dicho profesional la ejecución del proyecto.<sup>97-98</sup>

---

<sup>93</sup> Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. p.35.

<sup>94</sup> La Contraloría se ha referido a dicho funcionario en el dictamen 36.224 del año 1995, en los siguientes términos: “No procede contratar profesionales a honorarios para que se desempeñen como inspectores técnicos de obras, por cuanto, no pueden encomendarse a terceros, extraños a la administración, tareas que por su naturaleza son propias de la función pública, dado que la labor del inspector, se relaciona, directamente, con el resguardo de los intereses del Estado.”

<sup>95</sup> En esta misma línea, las BA generales entregadas por la Ilustre Municipalidad de Valdivia, para los Contratos de Ejecución de Obra Pública, señalan en el punto 7.1: “En toda obra la Municipalidad tendrá un inspector técnico de obras, el que será responsable de velar por el fiel cumplimiento del contrato por parte del contratista y mantendrá sus relaciones con la Municipalidad a través de su Jefe Administrativo y/o técnico directo.” Ilustre Municipalidad de Valdivia. Ob.cit. p.5.

<sup>96</sup> En los mismos términos se refieren las BA especiales, entregadas por la Ilustre Municipalidad de Valdivia, en Propuesta Pública número 234-2005, que en su punto 9 señalan: “El profesional que esté a cargo directo de la obra, deberá ser Arquitecto, Ingeniero Civil o Constructor Civil.” Ilustre Municipalidad de Valdivia. Ob.cit. p.2.

<sup>97</sup> Así lo señalan las BA generales, vigentes para el año 2005 de la Ilustre Municipalidad de Valdivia, en su punto 12: “Los daños que resulten con motivo de la ejecución de las obras, serán de exclusiva responsabilidad del Contratista.” Ilustre Municipalidad de Valdivia. Ob.cit. p.7.

<sup>98</sup> En la misma línea se manifiesta el Decreto número 142 de 1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija el texto de la Ordenanza General de la Ley de Urbanismo y Construcciones, que en su artículo 1.2.6 señala: “Los constructores serán responsables por las fallas, errores o defectos de la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y por el uso de materiales o insumos defectuosos, sin perjuicio de las acciones legales que puedan interponer a su vez en contra de los proveedores, fabricantes y subcontratistas y de lo establecido en el número 3 del artículo 2003 del Código Civil.” Continuando con el mismo punto, y dentro del mismo cuerpo normativo, el inciso final del artículo 1.2.8, señala: “Con todo, los inspectores técnicos serán subsidiariamente responsables con el constructor de la obra.” Dicha disposición deja abierta la posibilidad de configurar responsabilidad, en contra del inspector técnico de obra, lo cual deberá ser determinado según las normas propias del área.

### **3.- La Toma de Conocimiento y su acción fiscalizadora.-**

Visto ya todo el procedimiento que debe seguir la obra municipal, desde el génesis hasta su concreción total, es momento de analizar la forma en que la Contraloría despliega su labor fiscalizadora sobre la misma.

Hay que iniciar señalando que, el órgano contralor ejerce un Control integral de la obra municipal, basado principalmente en tres aspectos generales, a saber:

i) Control Administrativo; Se ejerce en el momento en que se reciben, en las dependencias de la Contraloría, los documentos, antecedentes y respaldos del Contrato de obra, que han sido enviados por el municipio correspondiente. Es precisamente, en éste punto, donde debemos ubicar a la Toma de Conocimiento.

ii) Control Financiero; Entendiendo que en todo Contrato de obra existen presupuestos oficiales, estados de pago, instrumentos de caución y liquidaciones contables, que pudiesen ameritar un eventual juicio de cuentas.

iii) Control Técnico; Este tipo de Control se constituye en el más integral de los tres, dado que, con todos los antecedentes, que emanen de los dos controles anteriores, se realiza una inspección en terreno de la obra, para la cual, el órgano contralor cuenta con unidades y recursos humanos especializados que se dediquen a ello.

Tomando en cuenta, entonces, que la Toma de Conocimiento pertenece a la fase de Control Administrativo de la obra, se puede decir que consiste en la revisión material de la documentación enviada por la Municipalidad y que persigue, como principal objetivo, verificar la legalidad del acto municipal.

No obstante el trámite de conocimiento opere de modo similar a la Toma de Razón (y persigue el mismo objetivo), ambos mecanismos presentan diferencias sustanciales. Mientras la Toma de Razón se constituye en el más importante Control a priori de nuestro sistema normativo, la Toma de Conocimiento se esgrime como un pronunciamiento, que realiza el ente contralor, persiguiendo la legalidad del acto municipal, que se realiza a posteriori, es decir, la documentación es revisada estando el acto administrativo en plena ejecución, o en algunos casos, ya terminado, recepcionado y liquidado (circunstancia que hermana mucho más a este mecanismo de Control con el trámite de Registro que con el ya enunciado).

Ahora bien, todo Contrato de obra que un municipio ingrese a la Contraloría para su conocimiento, se encuentra sujeto a los siguientes resultados de la revisión:

i) Se toma conocimiento sin alcance; Cuando el acto municipal no presenta errores ni de forma ni de fondo.

ii) El decreto se cursa con alcances; Cuando el acto contiene errores de forma que no lo apartan del marco jurídico.

En este caso, el acto administrativo es representado mediante un oficio, que es enviado al municipio, con la intención de que se corrijan los errores que han sido detectados en la revisión.<sup>99</sup>

iii) Se registra con observaciones; Cuando el acto administrativo presenta errores de fondo que lo apartan del ordenamiento jurídico.<sup>100</sup>

Se debe considerar en este punto, que a la Municipalidad le basta sólo con enviar la documentación al ente contralor para su conocimiento, para que se entienda cumplida su obligación, es decir, en ningún caso se devolverá la documentación sin tramitar (ello resultaría lógica y semánticamente imposible, dado que extrañamente se podría “no tomar conocimiento” de algo que ha sido enviado y recibido, según las instrucciones pertinentes).<sup>101</sup>

Como la Toma de Conocimiento no se configura, en ningún caso, como un Control impeditivo(ello deriva de su naturaleza como un Control a posteriori), la Contraloría sólo podrá arbitrar las medidas tendientes a perseguir las presuntas responsabilidades que provengan de las infracciones visadas en la realización del trámite. Por otro lado, al realizarle alcances u observaciones a los documentos ingresados para tramitar, lo que se persigue es que, los errores e infracciones detectados, sean reparados en el más corto plazo posible y en forma satisfactoria.

Ahora bien, visto el complejo procedimiento mediante el que se materializa el principal objeto de Control del trámite de conocimiento, no se puede, sino, catalogar este tipo de Control como “técnico”. Sin necesidad de ir más lejos, dentro de la estructura interna del órgano superior de Control, la realización del mecanismo está entregado a la unidad VUOPT y no la Jurídica o de Toma de Razón, como pudiese en principio pensarse, atendiendo a los matices jurídicos que presenta su tramitación y, obviamente, al principal objetivo que se persigue con su ejecución, por todos, el apego a la legalidad vigente del acto municipal.

No obstante lo anterior, en el ámbito organizativo del órgano contralor se ha hecho primar un criterio de especialidad, recalcando el complejo procedimiento técnico al que se debe atender. Dicha extraña situación es explicada por los mismos funcionarios de la Contraloría, al recalcar que resulta mucho más necesario, en este caso, poseer los

---

<sup>99</sup> De esta forma, la Contraloría se ha manifestado en los siguientes términos, al tomar conocimiento con alcances de un Contrato de obra, en lo referente a la extemporaneidad en el plazo en que se han enviado a tramitación los documentos, en el oficio 467 de 1996, dirigido a la Ilustre Municipalidad de San Pablo: “...Sin perjuicio de lo anterior, cabe observar a esa Corporación Edilicia el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Contraloría General de la República, entre otros, a través de los oficios circulares número 25.379 de 1982 y 40.506 de 1995, en orden al envío oportuno a conocimiento de este Organismos Superior de Control, de todas las instancias administrativas que afecten a los contratos de ejecución de obras públicas que suscriban en calidad de Unidad Técnica, cuyo monto exceda de 500 Unidades Tributarias Mensuales, trámite que en éste caso se tardó mas de un año y cuatro meses...”. En la misma línea, cuando la Ilustre Municipalidad de Achao presentó documentación incompleta, el órgano contralor se manifestó de la siguiente forma, en el oficio 593 de 1998 :”...No obstante lo anterior, es menester observar a esa Corporación Edilicia que ha omitido adjuntar al decreto de la suma, el informe técnico emitido por la respectiva Inspección Fiscal, circunstancia que impide emitir un pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo en trámite.”

<sup>100</sup> Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. pp.105 a 108.

<sup>101</sup> Basado en entrevista realizada a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

conocimientos propios del área de la construcción, para lo cual, la unidad VUOPT está especialmente conformada por los profesionales y recursos humanos, que amerita una gestión eficiente. Por lo demás, se entiende, que dichos profesionales, en su preparación, adquirieron ciertos conocimientos legales, de carácter general, que además, como funcionarios del órgano contralor, los habilita para operar en la materia (obviamente referido a ciertas nociones constitucionales, principio de legalidad, LOC, LOCM, y sobretodo la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su ordenanza, estos últimos, cuerpos normativos incluidos en cualquier malla curricular de los profesionales del área).<sup>102</sup>

#### **4.- Principales efectos jurídicos y consecuencias del Control.-**

De la lectura de los apartados anteriores, se pueden desprender al menos dos consideraciones, en atención a los eventuales efectos que pudiese tener la realización del mecanismo; primero, sus caracteres no lo esgrimen como un Control del tipo impeditivo y, segundo, sus principales efectos o consecuencias dependerán, exclusivamente, del momento en que dicho Control sea realizado. De estas consideraciones, a su vez, se desprenden las siguientes, en atención a su tramitación:

i) El acto administrativo emanado del municipio tiene mayor agilidad en su procesamiento, puesto que no se requiere de un trámite superior de revisión, que detendría la ejecución inmediata del mismo.

ii) Por otro lado, reviste la entrega de eventuales responsabilidades a la misma corporación edilicia que las haya cometido, toda vez que en el evento de verificarse dichas irregularidades en la tramitación de la obra, las acciones correctivas implicarían deducir sanciones de índole administrativo.

Como ya había quedado estipulado, en su oportunidad, al organismo contralor lo único que le corresponde es arbitrar las medidas tendientes a detectar y perseguir las eventuales responsabilidades, ello porque, como ocurre también en otras materias, en ésta instancia el órgano de Control carece de imperio sancionador.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Sin embargo, en el nivel central de la Contraloría o en las contralorías regionales con mayores recursos económicos y humanos, la unidad VUOPT se hace asesorar por abogados para trámites como el de conocimiento. En los demás casos, si es que se requiere, participan en el procedimiento, en apoyo de la unidad antedicha, la unidad jurídica y el contralor regional en su caso (que en las mayoría de los casos es un abogado). Basado en entrevista realizada a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

<sup>103</sup> Según el Decreto Ley número 799 de 1974, por regla general la Contraloría carece de facultades sancionatorias, y de encontrarse con algún ilícito, solamente se encargará de proponer las medidas, que a su juicio procedan a las autoridades respectivas, con competencia para decidir. La única excepción a esta regla la constituye la infracción en la utilización de vehículos estatales, ocasión en la cual, el ente contralor podrá aplicar directamente las sanciones a quién resulte responsable. Frente a esta medida, se podrá reponer y apelar ante la Corte Suprema, si la medida implica la destitución del funcionario responsable.

La Contraloría en el dictamen número 49.376 de 2003 manifestó sobre el punto: “En efecto, allí se precisó que propuesta por la Contraloría General una medida disciplinaria determinada, la autoridad titular de la potestad sancionadora puede considerar la concurrencia de circunstancias atenuantes u otros antecedentes del proceso sumarial y analizarlos racional y objetivamente en el marco de la legalidad aplicable, pudiendo llegar a una

Para distinguir de mejor forma los efectos que acarrea la realización del trámite de conocimiento, se debe atender a cada instancia en particular.

A) Los funcionarios.-

A medida que van avanzando las etapas de gestión de la obra municipal, van también variando las responsabilidades en los funcionarios que van interviniendo. Así, será el encargado y responsable en la etapa de creación de las BA, su venta y publicación, el jefe del departamento o unidad técnica, encargado en dicha Municipalidad de gestionar la etapa en curso (que como se vio depende de cada municipio). A su vez, será responsable de toda infracción producida en la ceremonia pública de apertura de la licitación, la comisión técnica designada para tal efecto.

En el caso de irregularidades en los mecanismos de fiscalización de la obra, propiamente tal, responderá el inspector técnico de obra. Posteriormente, en la etapa de recepción de la obra, puede resultar designada otra comisión técnica, o bien, puede ser la misma que gestionó la Obra desde un comienzo (ello dependerá de cada departamento o unidad designada por el municipio para ese efecto).

Lo que sucede en este punto, es que como el mecanismo “Toma de Conocimiento” no está regulado en forma expresa por la Ley, ni tasados sus procedimientos, de la misma forma, sus consecuencias son bastante especiales e “indefinidas”, por así decirlo, ante cualquier tipo de infracción detectada en su tramitación. De hecho, como ya se había adelantado, siempre se tomará conocimiento de los documentos enviados a tramitación. Ahora bien, si sobre ellos recae alguna observación o alcance, producto de alguna irregularidad detectada, se enviará al municipio un oficio, solicitando se realicen los reparos que se estimen pertinentes, en pos de procurar la legalidad del acto municipal.<sup>104</sup>

Es importante destacar que los municipios con mucha frecuencia realizan, en el acto, las modificaciones propuestas por el órgano contralor (aún cuando no sea obligatorio para ellas realizarlas). Ello es así, porque, como su nombre lo dice, una de las finalidades del trámite es que la Contraloría “tome conocimiento” de todos los procesos que implica la construcción de obras y, que, una vez teniendo dicha información, el ente contralor pueda fiscalizar en terreno las obras mismas o al municipio en sí, cuando lo estime conveniente.<sup>105</sup>

---

conclusión diversa, aunque no desproporcionada, que puede traducirse incluso en la absolución o sobreseimiento.”

<sup>104</sup> Dichas reparaciones también son relativas, dado que como no existen plazos establecidos para la realización del trámite, en ocasiones, el enmendar o no el vicio resulta totalmente innecesario o intrascendente, entendiéndose que en ocasiones la obra puede ya encontrarse ejecutada. Basado en entrevista realizada a Gustavo Rodríguez Concha. Ver cita número 90.

<sup>105</sup> En este mismo sentido, se manifiesta el artículo 132 de la LOC: “Cuando lo estime conveniente el Contralor, se practicarán inspecciones extraordinarias en cualquier oficina sujeta a su fiscalización, a fin de informarse sobre los métodos empleados en el manejo de los fondos y de dar instrucciones tendientes a perfeccionar dichos métodos para la mejor fiscalización.”

De realizarse dicha inspección en terreno y de constatarse que la observación o alcance, realizada en su momento, no fue atendida por el municipio, y sobretodo en el caso que ello haya provocado consecuencias graves en la obra o en algún aspecto patrimonial derivado de la misma, el funcionario sobre el que recaía la responsabilidad en la etapa que corresponda, deberá responder por su conducta.

La regla general, en estos casos, es que se haga valer la responsabilidad administrativa del funcionario, por la vía de la investigación sumaria o el sumario administrativo.<sup>106</sup> Instancia para la cual, la Contraloría está especialmente habilitada en los artículos 131 y 133 de su LOC.

De darse otro tipo de circunstancias, como que, la conducta detectada en el funcionario acarree también perjuicio fiscal al mismo municipio o al Estado, operará entonces el respectivo juicio de cuentas.<sup>107</sup>

Finalmente, si la conducta del funcionario puede encasillarse en algún ilícito penal, en éste caso, los antecedentes de la conducta delictual, serán remitidos por el órgano contralor a la fiscalía del Ministerio Público que resulte competente.<sup>108-109</sup>

#### B) En la obra municipal.-

La Toma de Conocimiento no afecta, en ningún sentido, la ejecución del acto administrativo que se está tramitando. Siguiendo el mismo criterio, en la obra municipal, como tal, no recae consecuencia alguna. La obra sigue siempre su curso y ejecución normal, no pudiendo, en ningún sentido, ser afectada por alguna recomendación realizada por el órgano contralor.

En este caso, la única instancia en que dichas obras pueden verse detenidas o paralizadas, surge de las especificaciones técnicas propias de la misma o por infracciones en la construcción material propiamente tal, pero ello responde a una fiscalización técnica de los

---

<sup>106</sup> Dependerá del funcionario que resulte responsable en el municipio, para saber que cuerpo normativo le será aplicable, refiriéndonos al Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos o al Código del Trabajo.

Sobre el punto, la misma Contraloría se ha manifestado a través del dictamen 39.527 del año 2002, al señalar: “Las personas que prestan servicios para las Municipalidades poseen la calidad de servidores públicos conforme al artículo 1 de la ley 18.575, por ser estas integrantes de la administración del Estado. Por su parte, son empleados municipales el Alcalde, los integrantes de la planta de personal y los funcionarios a contrata considerados en las dotaciones municipales fijadas anualmente en el presupuesto, incluidos quienes se desempeñan en los servicios de salud y educación administrados directamente por los municipios, aunque sus derechos y obligaciones se contengan en el Código del Trabajo.”

La regla general es que los cargos de mayor responsabilidad sean de planta, por lo mismo, será aplicable en este caso el título V de la ley 18.834 o Estatuto Administrativo. Dicho título en el inciso segundo de su artículo 119, establece: “Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante una investigación sumaria o un sumario administrativo”. Luego, dentro del mismo título, el artículo 121 se refiere a las posibles sanciones: “Los funcionarios podrán ser objeto de las siguientes medidas disciplinarias:

a) Censura b) Multa c) Destitución

Las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes.”

<sup>107</sup> En este sentido, ver Título VII de la LOC sobre “Examen y Juzgamiento de las Cuentas”.

<sup>108</sup> En esta misma línea, se refiere la primera parte del primer inciso del artículo 120 del Estatuto Administrativo, al señalar: “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.”

<sup>109</sup> Basado en entrevista realizada a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

profesionales del área, donde la Toma de Conocimiento nada tiene que ver, por pertenecer a la etapa de Control Administrativo de las obras.<sup>110-111</sup>

C) En los particulares y terceros afectados.-

Cualquier infracción que se produzca en el proceso de licitación de la obra municipal, estará afecto a lo determinado por las BA. En lo que respecta a la empresa contratista, una de las principales menciones que incluyen las BA generales, es el denominado “Formulario tipo de Declaración Jurada”. Mediante esta declaración, que como su nombre lo dice, debe ser suscrita ante notario, el mandante persigue que el ofertante acepte completamente, y sin condiciones, las BA y las especificaciones técnicas en que está planteada la obra. Dicha declaración, impide a la empresa contratista, que ha decidido participar de la licitación, que frente a alguna infracción o eventualidad en el procedimiento, comience litigio alguno contra el mandante de la obra.

De importancia resulta tal mención, porque en materia de propuestas pública no hay mandante que no utilice tal declaración, convirtiéndose en la regla general en las licitaciones de este tipo. De este modo, las empresas constructoras que pierdan un proceso licitatorio abiertamente fraudulento, no tendrán derecho a reclamo alguno, pues han renunciado a dicha facultad.<sup>112</sup>

Lo máximo que podría hacer el contratista ante un caso abiertamente ilícito, sería recurrir como particular a realizar un requerimiento ante la Contraloría Regional que corresponda, pero ello no es materia del mecanismo de Control en comento.

A su vez, todo lo que ocurra con la obra municipal después de la liquidación final del Contrato de obra, será de responsabilidad exclusiva de la empresa contratista, la cual responderá según los propios estatutos técnicos que la rijan, vale decir, los decretos del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y sobretodo, lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley número 458 de 1976, de dicho ministerio, o Ley General de Urbanismo y Construcciones, con todos sus reglamentos y ordenanzas.<sup>113-114</sup>

---

<sup>110</sup> Remitirse a las instancias de control, que dispone la Contraloría sobre la obra municipal. p.35.

<sup>111</sup> Basado en entrevista realizada a Gustavo Fuentes Concha. Ver cita número 90.

<sup>112</sup> A saber, la frase final del formulario tipo de declaración jurada, que incluyen las BA generales, entregadas por la Ilustre Municipalidad de Valdivia, por el período 2005, señala: “Que mediante la presente declaración el contratista da fe de conocer exhaustivamente las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, y todas las especificaciones técnicas precedentes, y además, de aceptar, sin condición alguna, la resolución para la adjudicación de la obra licitada.” Ilustre Municipalidad de Valdivia. Ob.cit.p.13

<sup>113</sup> En este mismo sentido, ver capítulo IV, título I del DFL 458 de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo o Ley General de Urbanismo y Construcciones, titulado “Las sanciones”.

<sup>114</sup> Basado en entrevista realizada a Marjorie Contreras. Ver cita número 77.

## **Capítulo IV : La Toma de Conocimiento y su problemática actual.-**

### **1.- Visión de Contraloría General de la República y los Tribunales de Justicia en relación al mecanismo de Control .-**

A estas alturas del presente estudio, ya están muy claros los múltiples criterios esgrimidos por el ente contralor para justificar la Toma de Conocimiento en el andamiaje administrativo nacional. No obstante, es bueno hacer presente cuáles son las circunstancias y reales opiniones que se tejen alrededor de su realización.

Desde la creación del trámite de conocimiento hasta la fecha, la única visión que tienen, sobre el asunto, los funcionarios del órgano superior de Control, es que su ejercicio resulta al menos “necesario”. Todas las administraciones de la Contraloría, desde la del señor Iturriaga Ruiz hasta la de Gustavo Sciolla Avendaño, han catalogado que las obras municipales son un sector de la gestión municipal de una relevancia incontrarrestable, y que dejar de lado la fiscalización, en un área de dichas magnitudes, podría resultar peligroso y contraproducente para los objetivos de transparencia y probidad, tan ambicionados por nuestra Administración Pública.

Quizás la única duda que se ha producido en el nivel central, respecto a la realización o no del mecanismo en cuestión, ha derivado de la utilización de múltiples recursos, tanto económicos como humanos, en pos de su ejercicio. Sólo en este punto han topado algunas administraciones para poner en duda la real eficiencia y eficacia del trámite. Más, dicho discurso ha sido dejado rápidamente de lado, al existir la constatación de que es mucho más lo que se previene con su realización, que lo que podrían llegar a significar las eventuales reparaciones de una gestión municipal poco clara en materia de obras públicas.

Por lo demás, la batalla del órgano contralor contra la corrupción se ha extendido a variadas áreas de la administración, por lo cual, al menos resulta un tanto dudoso, que en momentos como los actuales, la Contraloría libere áreas de fiscalización sin una motivación trascendente.<sup>115</sup>

Los mismos funcionarios del ente contralor destacan, que en circunstancias como las actuales deben quedar de lado consideraciones puristas o meramente doctrinales, que al ser contrastadas con la realidad, no quedan más que en letras. Lo importante en este punto, es que la Contraloría sea eficiente y actúe debidamente, manteniendo siempre en vista los principios de probidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, y también legalidad, alejándose de cualquier tipo de arbitrariedad en el ejercicio de sus competencias.<sup>116</sup>

Por su parte, los Tribunales de Justicia de nuestro país, se han manifestado sólo en contadas opiniones sobre el tema, mucho menos aún en materia de Toma de Conocimiento,

---

<sup>115</sup> Basado en entrevista realizada a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

<sup>116</sup> Cfr. Rodríguez Concha, Gustavo. Ob.cit. pp.93 a 95.

donde los pronunciamientos judiciales sólo afloran por las razones ya expuestas, vale decir, si resulta o no aplicable la Acción de Nulidad de Derecho público para el caso en particular. Sin embargo, el criterio que han esgrimido, casi unánimemente, es que la Contraloría tiene la competencia y dispone de las facultades para hacer presente las irregularidades que advierta en los controles realizados a los servicios y organismos sujetos a su fiscalización.

Dicho criterio, ha sido sostenido casi en la totalidad de los juicios llevados adelante por municipios, al reclamar la competencia del órgano contralor en algunas materias.<sup>117</sup>

Cabe destacar, que en todo caso, los jueces de nuestro país muy rara vez han esgrimido un fallo que sea contrario a las facultades fiscalizadoras del órgano contralor. Las contradicciones sólo se han producido al estimarse que dichas facultades fiscalizadoras han vulnerado los derechos fundamentales que reconoce nuestra carta fundamental.<sup>118</sup>

## **2.- Propuesta legislativa de la cuestión .-**

Mucho se ha ilustrado acerca de que las principales falencias de que adolece la Toma de Conocimiento recaen en su falta de certeza y definición al momento de ser realizada por sus operadores. Ello, surge como consecuencia de que su único reconocimiento normativo en el sistema se encuentra en productos emanados circunstancialmente por la Contraloría, como son sus instrucciones y dictámenes.

Consecuencias de lo enunciado son, básicamente, que ni los funcionarios del ente contralor ni los municipios estén totalmente claros en los respectivos ejercicios que les demanda la realización del trámite, dado que, para unos el campo competencial no está del todo demarcado, y para los otros, lo mismo ocurre con el objeto de Control propio del mecanismo.

Por lo mismo, urge en este punto, una constatación legal de peso, que incluya todos los aspectos necesarios, desde una limitación clara del campo competencial y el objeto de Control, pasando por el procedimiento en que será ejecutada la fiscalización y, terminando, como corresponde, con la descripción completa de las eventuales consecuencias y responsabilidades que deriven de su ejecución, dado que como hubo oportunidad de observar, ello tampoco está regulado.

Lamentablemente, dicha aspiración parece, al menos, lejana por el momento, dado que en el proyecto de Ley Orgánica presentado por el mismo órgano contralor al Congreso

---

<sup>117</sup> Ver Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Alcalde de Maipú con Contralor General de la República. Recurso de Protección número 4.052-94. 17 de Abril de 1995, y Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, Alcalde de Villarrica con Contralor General de la República. Recurso de Protección número 474-95. 22 de Agosto de 1995. Ambas extraídas de [http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-h.htm&Tit=Jurisprudencia/CL\\_RPP01&2.0&vid=506](http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-h.htm&Tit=Jurisprudencia/CL_RPP01&2.0&vid=506) el día Miércoles 13 de Septiembre de 2006.

<sup>118</sup> Por su parte, la Contraloría, en el ya citado dictamen 14.645 del año 2000 ha aludido que: “Cuando los Tribunales de Justicia resuelvan un caso concreto con un criterio distinto del sustentado por la Contraloría General, dicho fallo no altera la doctrina emanada de sus dictámenes respecto de las personas que no han sido parte de la acción judicial.” En dicho dictamen, el organismo de control protege sus criterios ante un fallo favorable a la Ilustre Municipalidad de los Ángeles emanado de la Corte de Apelaciones de Concepción.”

Nacional, ni siquiera se menciona el tema. Por otro lado, dentro de la última Memoria Anual del Contralor General Sciolla Avendaño, existe un punto encabezado con el título “Sugerencias relacionadas con el sector Obras Públicas y Transportes”, donde tampoco se menciona el asunto. Sólo se hacen algunas alusiones relativas a la aclaración de ciertos puntos en materia de contratos de obra pública, red vial o contratación de servicios personales en el área.<sup>119</sup>

Mucho más insólita que la misma situación, resulta la explicación entregada por los funcionarios de la Contraloría, en lo relativo a la situación normativa actual del trámite.

Para ellos, en primer punto, la Toma de Conocimiento responde a los caracteres de un Control de Reemplazo, lo cual, según lo ya enunciado en apartados anteriores, resulta al menos forzado y no se ajusta con la realidad del trámite en análisis, puesto que los Controles de Reemplazo están específicamente enunciados en cada uno de sus estadios, desde su origen hasta sus consecuencias.

Si la Toma de Conocimiento respondiese a los caracteres de dichos controles subsidiarios no existiría conflicto alguno en cuanto a su realización.

Teniendo en cuenta lo anterior, se sabe que el trámite es operado por funcionarios de la unidad VUOPT, quienes no tienen necesidad de utilizar ni la Resolución número 520 de 1996 ni las menciones realizadas en la propia LOC a dicho tipo de controles. Fruto de ello, ni siquiera se ha planteado el regularizar de otra forma el mecanismo.

Por lo mismo, en este punto se produce un tema de departamentos estancos, donde, por falta de relación en la normativa utilizada por cada uno de los operadores, al tema ni siquiera le alcanza para llegar a ser planteado.<sup>120</sup>

Ambas dificultades planteadas se solventarían si el trámite de conocimiento, al menos, fuese entendido como un procedimiento mixto de Control (atendiendo al objeto de Control que resguarda y al objetivo que se persigue con su realización), y no exclusivamente técnico, como se ha entendido.

Este fenómeno, entonces, complica cualquier proceso de normativización y regularización más formal del objeto de estudio emprendido por esta investigación, y dicho sea de paso, complica latamente su realización y sus posibles efectos. Por lo mismo, no puede justificarse de modo tan simple dicha situación, y menos, cuando el mecanismo debe operar con eficacia para que se cumplan con un alto nivel de excelencia los objetivo que persigue.

En un momento en este estudio se aludió, a que cuando se constató la necesidad de una fiscalización en materia de obras públicas municipales se optó por regularizarla por la vía de las instrucciones y dictámenes, con el objetivo de cubrir con mayor celeridad el objeto de Control en que se estaban produciendo los problemas, pero no se debe olvidar que ello fue en el año 1978, y que de eso han pasado ya largos años en que se podría haber realizado una

---

<sup>119</sup> Sciolla Avendaño, Gustavo. Ob.cit. pp.401 a 414.

<sup>120</sup> Basado en entrevista realizada a Priscila Jara Fuentes. Ver cita número 41.

gestión mucho más eficiente en el área, evitándose así, el mismo órgano contralor, variados problemas, aún cuando, por su parte, no se vislumbren mayores inconvenientes jurídicos para la realización del trámite.

Considero, finalmente, que en materias de tanta relevancia, como las analizadas, no se puede funcionar basados sólo en criterios como el que “se está actuando correctamente”. En ocasiones, es bueno contar con una base normativa de peso que fundamente las actuaciones, y que, por lo demás, también brinde seguridad a quienes están siendo fiscalizados. No se debe olvidar que la Ley no es un instrumento de poder, sino una limitación al mismo, y cualquier actuación que emane en conformidad a sus preceptos no podría ser catalogado jamás como arbitrario, o al menos, poco claro, como ha sucedido, con la ya tantas veces aludida, Toma de Conocimiento.

Se espera, entonces, que en proyectos legales o memorias anuales de las futuras administraciones de la Contraloría, se haga alguna mención más formal y directa del punto, y por qué no, conseguir una manifestación legal en la misma LOC o en los demás cuerpos relacionados con la materia, como la LOCM.

## Conclusiones

1) Sabida es la relevancia que reviste el elemento “Control” en nuestro ordenamiento normativo, así como también en cualquier sociedad democrática y constitucional de Derecho. No obstante lo anterior, ni la doctrina ni los múltiples reconocimientos normativos y manifestaciones orgánicas que lo abalan, han creado un visión unívoca de él.

El único punto conteste, en todo lo que rodea al elemento, es aquel que lo considera como un límite al poder y herramienta de los ciudadanos en la defensa de sus derechos.

2) La Contraloría General de la República, se alza como el organismo más importante en materia de Control de nuestro sistema normativo. Dentro de las funciones que le son encomendadas por el mismo orden, se asume que la de “resguardar la legalidad de los actos de la administración” es su misión angular y preponderante. Desde la consagración de tan importante misión en la CPR de 1980, la Contraloría y la doctrina nacional se han esforzado en encontrar el real sentido y alcance de dicho mandato.

No obstante lo anterior, se ha entendido que el Control de legalidad emprendido por el ente fiscalizador se materializa esencialmente a través del trámite de Toma de Razón, aún cuando, se ha dejado constancia de que éste mecanismo constituye sólo una de las formas de llevarlo adelante.

3) Fruto de lo anterior, por la importante misión que cubre, la realización de la Toma de Razón resulta de total relevancia, para el buen funcionamiento de las funciones fiscalizadoras de la Contraloría y para asegurar el apego a la legalidad de los actos administrativos.

Sin embargo, el organismo superior de Control ha privilegiado llevar adelante una política de eficiencia y eficacia de su gestión, trastocando la regla general manifestada en la CPR y en su misma LOC. De esta forma, la Toma de Razón ha pasado a ser un Control excepcional en nuestro ordenamiento, y ha surgido la figura de los Controles de Reemplazo y de las unidades de Control interno que operan dentro de los mismos organismos fiscalizados, como la nueva regla general del sistema nacional de Control.

4) Al optar por constituir a la Toma de Razón en un mecanismo excepcional dentro de nuestro sistema jurídico, la Contraloría ha debido enfrentarse al problema de que variadas áreas han quedado fuera de su competencia contralora, produciéndose verdaderas “lagunas de fiscalización”. Dicha situación ha provocado variados problemas, uno de ellos, el destape de ciertos focos de corrupción en áreas de sumo trascendentales, en materia de utilización de recursos estatales.

No obstante, la enunciada liberación de fiscalización en ciertas áreas, la Contraloría ha dado pie a una política de fiscalización expansiva, que si bien, reserva la Toma de Razón para

materias consideradas “relevantes”, crea nuevos mecanismos e interpretaciones para arrogarse competencias en áreas donde legalmente no se podría intervenir.

Asimismo, el órgano contralor ha determinado que cualquier acto que emprenda, basado en los mandatos generales de Control, que le reconoce el sistema jurídico, sería totalmente acorde con el principio de legalidad.

5) Dentro de esta política se enmarca la creación de la Toma de Conocimiento, singular procedimiento que vino a cubrir la falta de fiscalización existente en materia de obras públicas municipales. Dicho mecanismo nace fruto de la exención de Toma de Razón que realiza la misma LOCM a través de su artículo 53.

Su creación, procedimiento y eventuales consecuencias sólo encuentran fundamentación normativa mediante dictámenes e instrucciones que la Contraloría está habilitada para dictar en materias propias de su competencia. Además, se ha buscado la base normativa indirecta del mecanismo, a través de los mandatos generales de Control ya aludidos a lo largo de la investigación.

6) Los funcionarios de la Contraloría, conciben al trámite de conocimiento como un pronunciamiento no impeditivo, realizado a posteriori, que tiene el objetivo de resguardar la legalidad del decreto municipal que aprueba el Contrato de obra. De esta manera, encasillan al trámite de conocimiento como uno de los Controles de Reemplazo que proceden en subsidio de la Toma de Razón.

Dicha visión, según lo previsto en el curso de la investigación, resulta al menos un tanto forzada, dado que dichos mecanismos subsidiarios encuentran fundamentaciones normativas precisas y de mayor peso que la Toma de Conocimiento, trámite que se relaciona, en mayor medida, con los caracteres de un procedimiento especialmente diseñado para cubrir una situación particular.

7) Dentro de la estructura interna de la Contraloría, el ejercicio de dicho mecanismo es entregado a la unidad VUOPT, por entenderse que así se fiscalizarán de mejor forma los aspectos técnicos que abundan ante el objeto de Control propio del mismo, por todos, las obras municipales. Dicho encasillamiento técnico, genera bastantes problemas a la hora de identificarlo con el objetivo que claramente persigue el trámite en cuestión (por todos, resguardar la legalidad del acto municipal), y sin ir más lejos, complica cualquier posible manifestación legal del mismo.

8) Los problemas que se han detectado en la realización del trámite de conocimiento son básicamente dos; Primero, su falta de consagración legal le quita envergadura como mecanismo de Control. No obstante lo anterior, no está en discusión que el mecanismo se

aplica frecuentemente y genera efectos y responsabilidades para los sujetos por él fiscalizados. Fruto de ello, se desprende, que la Toma de Conocimiento si se constituye en una vía hábil de Control para los actos de la administración.

Segundo, no existe una determinación precisa ni de sus aspectos medulares, ni mucho menos de sus eventuales efectos o consecuencias.

Por lo tanto, la incerteza a la que está sometida el trámite en comento y su falta de determinación, sólo puede ser superada mediante su consagración legal en algún cuerpo normativo de utilización frecuente y de relevancia en materia de fiscalización.

Por lo demás, aunque sea en el ejercicio de funciones tendientes a la probidad y transparencia del sistema, no se debe temer a la regularización de las mismas, considerando a la Ley, asimismo como al Control, en garantías esenciales de un Estado de Derecho.

## Bibliografía

### I.- Textos y estudios doctrinales .-

- 1.- Aldunate Lizana, Eduardo. “*La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Número XXVI. Semestre II. 2005.
- 2.- Aylwin Azócar, Arturo. “*Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República*”. *20 años de la Constitución Chilena.1981-2001*. Universidad Finis Terrae. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. 2001.
- 3.- Barra Gallardo, Nancy. “*Consideraciones en torno a la contratación administrativa*”. La Gaceta Jurídica. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Número 273. Marzo,2003.
- 4.- Cazor Aliste, Kamel. “*La Sumisión a Derecho de los Actos del Presidente de la República*” Tomo II . Universidad Central de Chile. Santiago.2002.
- 5.- Cea Egaña, José Luis. “*Tratado de la Constitución de 1980*”. *Características generales. Garantías Constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1988.
- 6.- Gardais Ondarza, Gabriela. “*El control de legalidad y la eficacia y eficiencia como principios jurídicos fiscalizables*”. Revista de Derecho Público de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General. Imprenta Contraloría General de la República. Santiago. Año 2, Número 6. Septiembre / Diciembre. 2001.
- 7.- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “*El principio de Control en la década 1990-2000. El principio de Control en la Administración del Estado*”. *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Editorial Jurídica Conosur. Santiago. 2000.
- 8.- Marinkovic Verdugo, Mario. et.al. “*Derecho Constitucional*” Tomo II. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1999.
- 9.- Pantoja Bauzá, Rolando. “*La Organización Administrativa del Estado*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998.
- 10.- Pfeffer Urquiaga, Emilio. “*Manual de Derecho Constitucional*”. Tomo II. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago. 1990.
- 11.- Real Academia Española. “*Diccionario de la Lengua Española*”. Madrid. Edición XXII. 1992.
- 12.- Recabarren Delgado, Ricardo. “*La Toma de Razón de los decretos y resoluciones*”. *Memoria número 33. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Chile*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1969.
- 13.- Rodríguez Concha, Gustavo. “*La Gestión Administrativa, Técnica y Financiera de las Obras Públicas*”. Impreso y editado por la Contraloría Regional de los Lagos. Puerto Montt. 2004.
- 14.- Rufián Lizana, Dolores. “*Manual de Concesiones de Obras Públicas*”.FCE. Santiago. 1999.
- 15.- Silva Bascuñan, Alejandro. “*Tratado de Derecho Constitucional*”. Tomo IX. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1997.

16.- Soto Kloss, Eduardo. *“La Toma de Razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República”*. *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Imprenta Camilo Henríquez. Santiago. 1977.

17.- Soto Kloss, Eduardo. *“Ordenamiento Constitucional”*. *Constitución Política de la República. Actas Constitucionales. Antecedentes. Normas complementarias*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1980.

18.- *“¿Qué Contraloría General de la República necesita el Chile de hoy y del futuro?”*. Varios autores. Seminario realizado durante los días 13 y 14 de Noviembre de 1995. Edificio Diego Portales. Imprenta Contraloría General de la República.1995.

## **II.- Documentos oficiales .-**

1.- Cruz Benardos, Hugo. *“Cuenta Pública año 2003”*. *Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo*. Imprenta de la Contraloría General de la República. 2004.

2.- Contraloría General de la República. *“Doctrina Institucional”*. Imprenta de la Contraloría General de la República. Santiago. 2003.

3.- Ilustre Municipalidad de Valdivia. *“Bases Administrativas Generales. Contratos de Ejecución de Obras por Propuesta Pública”*. Año 2005.

4.- Ilustre Municipalidad de Valdivia. *“Bases Administrativas Especiales. Propuesta Pública número 234-2005. Primer y Segundo Nivel de Transición Nueva Escuela el Bosque”*.17 de agosto. 2005.

5.- República de Chile. *“Actas Oficiales de la Comisión Constituyente”*. Editorial Talleres Gráficos de la Gendarmería de Chile. Santiago. 1981.

6.- Sciolla Avendaño, Gustavo. *“Memoria Anual año 2005”*. Imprenta Contraloría General de la República. Santiago.2006.

## **III.- Textos normativos .-**

1.- Constitución Política de la República de Chile de 1980. Lex Nova Ediciones. Santiago. 2006.

2.- Ley N° 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República.

3.- Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

4.- Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

5.- Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

6.- Ley N° 18.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

7.- Ley N° 18.834 o Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos.

8.- Ley N° 19.653 Sobre Probidad Administrativa de los Órganos de la Administración del Estado.

- 9.- Ley N° 18.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
- 10.- Ley N° 18.778 Establece Subsidio al Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas Servidas.
- 11.- Decreto con Fuerza de Ley N° 458 de 1975 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo o Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- 12.- Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991 del Ministerio de Obras Públicas o Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- 13.- Decreto Supremo N° 47 de 1992 del Ministerio de Urbanismo y Construcciones u Ordenanza General de la Ley de Urbanismo y Construcciones.
- 14.- Decreto Ley N° 1.263 de 1975 del Ministerio de Hacienda o Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.
- 15.- Decreto Ley N° 799 de 1974 del Ministerio del Interior, que deroga la Ley N° 17.054 sobre Uso y Circulación de Vehículos Estatales.
- 16.- Resolución N° 560 de 1996 de la Contraloría General de la República. Establece normas sobre exención del trámite de Toma de Razón.
- 17.- Resolución N° 411 de 2002 de la Contraloría General de la República. Sobre Organización y Atribuciones de las Contralorías Regionales.
- 18.- Oficio Circular N° 64.230 de 1978, de la Contraloría General de la República. Instruye a las Municipalidades del país sobre la Toma de Conocimiento.
- 19.- Oficio Circular N° 625 de 1980 de la Contraloría General de la República. Imparte instrucciones sobre Contratos de Obra.
- 20.- Oficio Circular N° 25.379 de 1982 de la Contraloría General de la República. División de Vivienda y Urbanismo y Obras Públicas y Transporte. Imparte instrucciones sobre Ejecución y Contratación de Obras Municipales.
- 21.- Oficio Circular N° 904 de 1993 de la Contraloría Regional de los Lagos. Imparte instrucciones respecto a Contratos de Obras Públicas.
- 22.- Oficio Circular N° 40.506 de 1995 de la Contraloría General de la República. Complementa instrucciones impartidas a través de los Oficios Circulares N°s 64.230 de 1978, 625 de 1980 y 25.379 de 1982.

#### **IV.- Entrevistas .-**

- 1.- Marjorie Contreras. Constructor Civil. Encargada de procesos licitatorios de la Empresa Constructora “Los Avellanos S.A.”. Jueves 24 de Octubre de 2006. Valdivia.
- 2.- Priscila Jara Fuentes. Abogada. Contralora Regional de los Lagos. Viernes 10 de Noviembre de 2006. Puerto Montt.
- 3.- Gustavo Rodríguez Concha. Arquitecto. Jefe de la Unidad VUOPT. Contraloría Regional de los Lagos. Viernes 10 de Noviembre de 2006. Puerto Montt.

4.- Pablo Fuentes. Abogado. Jefe de la Unidad Jurídica. Contraloría Regional de los Lagos. Viernes 10 de Noviembre de 2006. Puerto Montt.

**V.- Referencias de Internet .-**

1.- <http://www.contraloria.cl>

2.- <http://www.etimologias.dechile.net/?control>.

3.- <http://www.bcn.cl>

4.- <http://www.lexisnexus.cl>

5.- <http://www.microjuris.cl>

6.- <http://www.google.cl>