LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar

(Publicado en Revista Derecho y Humanidades Nº 20, 2013)

Luis Cordero Vega•

1. Antecedentes.

A consecuencia de las sentencias sobre la tributación de las sociedades de inversión pasiva, se ha producido una de las más relevantes discusiones sobre la aplicación del sistema de fuentes en Derecho Administrativo.

La razón es simple, a partir del caso de la Municipalidad de Zapallar[1], la Corte Suprema advirtió a Contraloría las razones por las cuales la jurisprudencia judicial debía primar en el sistema de fuentes en el Derecho Administrativo Chileno. La Corte sostuvo de un modo categórico que la "jurisprudencia administrativa "debía inclinarse" frente a la jurisprudencia judicial[2].

Los hechos del caso sirven para explicar el problema. La Contraloría Regional de Valparaíso había ordenado a la Municipalidad de Zapallar reintegrar el pago de patentes municipales que una sociedad de inversiones había realizado, porque en opinión del órgano contralor no había acreditado que realizaba actividades lucrativas de conformidad a la Ley de Rentas Municipales que justificarán el pago del tributo municipal[3]. Este criterio se basa en la jurisprudencia de Contraloría, establecida el año 2010[4], que en resumen sostiene "que la inversión pasiva que en general consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23".

La Municipalidad de Zapallar recurrió de protección[5] y la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso sobre la base de la jurisprudencia histórica de la Corte Suprema en orden que actividades del tipo de la sociedad señalada, aunque sea de mera inversión, constituía actividades lucrativas sujetas al gravamen municipal[6]. La Corte Suprema confirmó una vez más en este caso esa tesis.

• Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo e Investigador *senior* del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

[1] Sentencia Corte Suprema (SCS), 03 de Julio de 2008, rol 2791-2012.

[2] Este argumento lo ha expuesto la Corte Suprema en los casos roles 5339-2012 (10.08.2012), 5592-2012 (22.10.2012) y 5984-2012 (06.11.2012).

[3] Artículo 23 Decreto Ley Nº 3.063.

[4] Dictamen Nº 27.677, de 2010.

[5] No forman parte del presente comentario dos cuestiones adicionales vinculadas a esta sentencia. La primera es la posibilidad de que una municipalidad pueda impugnar mediante un recurso de protección una decisión del organismo de control público y en segundo lugar, que utilizando el recurso de protección pueda un organismo estatal solicitar "protección de derechos fundamentales" y reclamar su titularidad.

[6] En este sentido ver SCS rol 5229 – 2010 (28.06.2012), 7108-2008 (24.11.2010), 2516-2008 (29.09.2009).

Sin embargo, dos son las cuestiones relevantes que decide explicitar la Corte Suprema en el fallo de la Municipalidad de Zapallar: la primera si la Municipalidad podía recurrir de protección en contra de un dictamen, y la segunda y más relevante qué criterio debía prevalecer cuándo existía contradicción entre la jurisprudencia judicial y administrativa.

Sobre la primera cuestión, la Corte sostuvo:

> "Que en primer término y siguiendo el orden de la recurrida en su informe y de la sentencia en alzada en cuanto a separar los argumentos de forma y fondo, cabe señalar que si bien esta Corte comparte sus considerandos cuarto y quinto, útil es poner de manifiesto en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado[7]".

En relación con la segunda cuestión y rente a la tesis de Contraloría que pese a que la Corte sostuviese lo contrario, los fallos judiciales sólo tenían efectos relativos para el caso concreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 3º del Código Civil[8], la Corte Suprema reaccionó señalando que:

> "(…)
> El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.
> (…) la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.
> Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley–

---

[7] SCS, n. 1, c. 3º.

[8] En el dictamen Nº 6512, de 2012, referido a la solicitud de reconsideración que realizó la Asociación de Municipalidades en relación a la necesidad de cambiar la jurisprudencia de Contraloría a consecuencia de los recurrentes fallos de la Corte Suprema a favor de las municipalidades, el organismo contralor afirmó explícitamente que:

> "(…) es útil anotar que de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil, que establece el efecto relativo de las sentencias, éstas obligan sólo a las partes que han intervenido en un proceso jurisdiccional (…). En este contexto, si en fallos judiciales se resuelve un caso concreto en forma diversa a lo sostenido por la jurisprudencia administrativa, esta última se mantiene vigente para aquellos que no han sido parte en el respectivo juicio (…)." .

> que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos "de la jurisprudencia administrativa" como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica[9]".

La sentencia coloca énfasis en uno de los temas más polémicos de la literatura del Derecho Administrativo en relación al régimen legislado. Como se sabe -y el fallo se encarga de recordarlo- el Derecho Administrativo es un sistema en el cual las decisiones jurisprudenciales son esenciales para la construcción de los criterios jurídicos que se deben seguir. La Corte Suprema trata de decir en su sentencia, que si ella ha decidido de un modo uniforme y permanente un asunto, entonces no es admisible que Contraloría sostenga lo contrario; es ella la que fija el precedente no el organismo administrativo.

El punto no es trivial, porque Contraloría tiene reconocida expresamente potestad para dictaminar y es la ley quien otorga a sus dictámenes fuerza vinculante al interior de la Administración. Dispone expresamente la ley que sus dictámenes son los únicos que se pueden invocar como "jurisprudencia administrativa" (artículo 6º de la ley Nº 10.336). Como explicaré más adelante, para este organismo su jurisprudencia es precedente general y obligatorio, de modo que se aplica no sólo en el caso concreto de que se trata, sino que en cualquier otro que se le parezca, de manera que extiende el efecto de sus decisiones más allá del caso que resuelve, es decir, lo transforma en precedente.

2. El contexto de la jurisprudencia administrativa[10].

Se denomina tradicionalmente jurisprudencia administrativa a la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas[11]. Por tal motivo, se indica que la calidad específica de la jurisprudencia administrativa es que la norma o resolución que de ella se deduce puede generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos[12].

Se ha afirmado, de una manera categórica, que en nuestro sistema la Administración no sólo está sujeta al Derecho que dice el Juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del Derecho, sino también está sujeta al Derecho que dice la Contraloría[13].

Se sostiene que la potestad de interpretar la ley por Contraloría, con el objeto de obtener la correcta aplicación del Derecho por parte de la Administración, se encuentra reservada por mandato de la ley exclusivamente al órgano contralor. Se afirma que si el objetivo del control, en términos generales, es la preservación del principio de legalidad administrativa, y la interpretación del Derecho establecida por el Ejecutivo pudiera de algún modo impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, sería a través de control. Para ello el organismo debe, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación

---

[9] SCS, n. 1, c. 7º.

[10] La explicación sobre el origen y extensión de la jurisprudencia administrativa se encuentra en mi trabajo denominado "La jurisprudencia administrativa: entre legislador positivo y juez activista", en *Anuario de Derecho Público 2010*, UDP.

[11] Vid. En este sentido Caldera Delgado, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 86.

[12] Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, Edit. Jurídica de Chile, 1992, p. 274.

[13] Soto Kloss, E., '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, 1977, p, 188.

por la cual establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa[14]-[15].

Existe consenso en la literatura que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos, y que el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado por ésta, acarreará la responsabilidad de ese funcionario, sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda[16]. En efecto, prescribe la ley, en relación con los dictámenes, que son obligatorios para los órganos y funcionarios sometidos a control, que deben ser especialmente observados por los "abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública", y que son los "únicos medios" que se pueden hacer valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias del órgano contralor[17].

A partir de estos argumentos y disposiciones, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no sólo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general[18]. En este sentido los dictámenes "constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado"[19].

Así afirma, igualmente, que éstos son la única fuente de interpretación legítima del ordenamiento jurídico del país, revistiendo el carácter de obligatorios. "Los dictámenes de esta Contraloría General son informes que tienen por objeto interpretar el verdadero sentido y alcance, siendo de cumplimiento obligatorio para el servidor que corresponda"; ellos pueden ser aplicados a cualquier caso particular, "mientras constituyan jurisprudencia vigente, sin que sea indispensable que previamente se dicte un acto administrativo"[20].

De este modo se concluye que el sector público no sólo está regido por un Derecho Administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen está centralizada, única y exclusivamente, en la Contraloría General[21].

---

[14] Fiamma, G., '¿Apreciación de los hechos o interpretación del Derecho?. Reflexiones en torno a la jurisprudencia administrativa', *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927 – 1977)*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977, p. 201.

[15] De conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (art. 33) corresponde al Departamento Jurídico (actual División Jurídica) informar en derecho y recopilar la jurisprudencia administrativa.

[16] Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*, Edit., Jurídica de Chile, 1994, p. 77 y p. 171; Aylwin Azócar, P., - Azócar Brunner, E., *Derecho Administrativo*, Universidad Andrés Bello, 1996, p. 123

[17] Arts. 6.4 y 19, Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Art. 6.4. De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°.

Art. 19. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

[18] Dictamen Nº 5.698, de 2005. Con igual criterio Dictamen N° 34.053, de 1999.

[19] Dictamen Nº 2.406, de 1998.

[20] Dictámenes Nros 2.638, 39.086, de 1986, y 14.448, de 1998.

[21] Pantoja Bauzá, R., *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad.*, Edit. Jurídica de Chile, 1994, p. 226.

Del efecto obligatorio, se construye para la jurisprudencia administrativa la característica de precedente vinculante de ella, siendo este quizá la consecuencia más gravitante. En efecto, la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios jurisprudenciales es uno de los pilares en que se fundamenta la obligatoriedad y el carácter vinculante de la jurisprudencia administrativa[22].

Es decir, tras la figura del dictamen como instrumento de manifestación de la interpretación uniforme, existe, en opinión de Contraloría, una especie de confianza legítima por parte de los ciudadanos que frente a circunstancia similares o equivalentes la Administración debe comportarse de conformidad a ciertos y determinados parámetros preestablecidos en la norma y en la interpretación vinculante y obligatoria del órgano contralor[23].

La jurisprudencia administrativa sistemáticamente ha sostenido[24] que los dictámenes jurídicos que Contraloría emite en ejercicio de las atribuciones contenidas en su Ley Orgánica Constitucional (LOCCGR), interpretan la ley administrativa, fijando su exacto sentido y alcance, produciendo sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición interpretada.

En el mismo sentido, la jurisprudencia señala que los efectos a que se refiere este criterio jurisprudencial no son otros que los que la ley ha establecido y que el legislador ha querido producir, en tanto que el dictamen, atendida su naturaleza meramente interpretativa, se limita sólo a esclarecerlos, razón por la cual éste rige desde la fecha de la ley que interpreta y se entiende incorporado a ella[25].

Como he demostrado en otro momento el modelo tras el cual ha descansado el sistema jurisprudencial de Contraloría, desde su origen se ha basado en el modelo francés, por lo menos eso es lo que se ha buscado[26]. Este modelo se traduce que el derecho que importa no

---

22 Astorquiza, G., 'A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios.', *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75º Aniversario de vida institucional*, Imprenta Contraloría, 2002, p. 169

23 En este sentido se encuentra el clásico fundamento del precedente como fuerza vinculante. Para un análisis del precedente administrativo con este fundamento ver Díez Sastre, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, 2008, aunque planteado desde la perspectiva de la razonabilidad de la decisión jurisdiccional posterior

24 Vid. Dictámenes N°s. 72.479, de 1976; 31.219, de 1986; 14.448, de 1988; y 20.101, de 2000

25 Dictamen Nº 50.185, de 2007.

26 Siguiendo la explicación que Parada, R., *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2008, p. 71, por lo pertinente sobre la aplicación del Derecho administrativo por principios del Derecho francés, siguiendo a Rivero, "Desde el principio, pues, las leyes administrativas establecen disposiciones, no a la vista de categorías jurídicas definidas abstractamente en términos generales [como sucede en el Derecho privado o el Derecho penal codificado luego de la revolución], sino a la vista de casos concretos. Así, por ejemplo, la ley administrativa ignoró, en principio, la responsabilidad del poder público en general, aunque lo admitiera en casos concretos , y asimismo ignoró hasta los últimos tiempos el concepto y el régimen jurídico de la función pública, limitándose a conceder ciertas garantías a este o aquel cuerpo de funcionarios./ Pragmática, concreta, incompleta, dejando fuera de sus supuestos campos amplísimos la ley administrativa no podía, pues, prestar al juez administrativo los mismos servicios que el Código Civil al juez ordinario. Pero el Consejo de Estado francés no se va a atrincherar tras el silencio de la ley para rehusar su fallo (…) el Consejo de Estado no sintió nunca con respecto a la ley escrita la timidez un poco supersticiosa que ha paralizado durante mucho tiempo las iniciativas del juez civil; como reflejo natural de su situación junto a las fuentes del poder, apoyado sólidamente por éste, ha sido siempre espontáneamente en vanguardia. De otro lado, las necesidades prácticas de la vida administrativa, para las cuales su posición le hacían especialmente sensible, no permitían dejar sin solución los litigios de la vida cotidiana, creando el Derecho cuando el Derecho faltaba, y sin dejarse detener por escrúpulos doctrinales. Así han ido naciendo a lo largo del siglo XIX las reglas fundamentales cuyo conjunto ha terminado constituyendo el Derecho

sólo es el que aprueba el Congreso, sino que también el que declara Contraloría.

3. La pretensión de la Corte Suprema.

Como se ha visto la tesis de la Corte Suprema descansa de una de las cuestiones estructurales del derecho administrativo. ¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho Administrativo? De lo analizado hasta ahora la respuesta es positiva, si se trata de la jurisprudencia administrativa. La pregunta es si tiene la misma condición la jurisprudencia judicial.

La tesis de Contraloría es que las sentencias judiciales, con indiferencia de la recurrencia de su opinión sólo tienen efectos relativos. El argumento del órgano contralor se centra en el más clásico de todos, el inciso segundo del artículo 3º del Código Civil.

La pretensión de Contraloría se enfrenta, sin embargo, con lo que había sido la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema cuando se producía conflicto entre la interpretación administrativa con la judicial. En efecto, la Corte ya había señalado con anterioridad que la interpretación administrativa estaba limitada por la exclusividad jurisdiccional que le corresponde constitucionalmente a los tribunales de justicia [27], indicando además tradicionalmente que la interpretación administrativa puede verse limitada por la "afianzada" jurisprudencia judicial. La Corte ha dicho explícitamente que "por jurisprudencia se entiende la doctrina afianzada, producto de numerosos fallos emanados de los Tribunales Superiores y en particular de nuestra Corte Suprema"[28].

Esto explica la advertencia de la Corte en el caso de la Municipalidad de Zapallar, cuando señala:

> (…) debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo (…)[29].

Sin embargo, la advertencia de la Corte encuentra tres limitaciones estructurales que no es posible pasar por alto: (a) la primera, es que la Corte olvida que este es un conflicto entre órganos constitucionales, uno destinado a resolver los conflictos de relevancia jurídica mediante el proceso y otro con facultades constitucionales de control de legalidad de los actos de la administración, lo que implica enfrentarse a un tipo de jurisprudencia de un organismo cualificado en el sistema institucional; (b) la segunda, es que la condición de "jurisprudencia" de la dictaminación de Contraloría es una decisión legislativa o no necesariamente una autoatribución de competencias y (c) por último, porque no puede constituir "jurisprudencia judicial", cualquier tipo de sentencias pronunciadas por la Corte, sobre todo cuando el debate se produce a consecuencia del ejercicio de una potestad jurisdiccional en el recurso de protección, una acción de cautelar, de urgencia y que no tiene forma de juicio.

---

administrativo francés en los intersticios de la ley y por la acción espontánea del juez./Ahora bien el Consejo de Estado no ha vacilado en hacer firma por su propia autoridad una nuevas reglas (…) [presentándose] como el servidor de un cuerpo de reglas no escritas que no deben su autoridad a los textos, pero que vinculan tanto como la ley su actividad.".

[27] SCS, 10.05.2005, rol 1285-2005.

[28] SCS, 22.11.2007, rol 4498-2007.

[29] SCS, c. 7º.

Dicho de otro modo, la afirmación de la Corte olvida las cuestiones estructurales del modelo institucional chileno y en especial de los roles asignados por la Constitución a ambos organismos. Por eso no es evidente que la "inclinación" sea institucionalmente correcta.

4. Las consecuencias para el sistema de fuentes en Derecho Administrativo Chileno.

Cabe recordar que cuando hablamos de fuentes del derecho se quiere tratar de resolver la interrogante de quiénes y bajo que métodos o procedimientos están autorizados para producir normas jurídicas y en qué modo estas se exteriorizan. El factor creación normativa es determinante, entonces, para referirse a fuentes[30]. Por tal motivo, es correcto cuando se afirma que las fuentes son actos normativos a los que el ordenamiento jurídico le puede atribuir la virtualidad de producir normas generales[31]. En esa perspectiva debemos analizar si la pretensión de la Corte es correcta o no.

Es cierto lo que ha dicho clásicamente la literatura especializada y es que el Derecho Administrativo no está codificado, pero sobre todo es en buena medida un Derecho no legislado o en donde éste sólo tiene enunciados generales que permiten la intervención pública y que legitiman determinado tipo de decisiones. La consecuencia de esto es que en Derecho Administrativo, las normas más importantes han sido históricamente enunciadas por quien ejerce la función de juez administrativo. La renuencia para aplicar las reglas del Derecho común y la gran cantidad de lagunas legislativas, algunas conscientes y otras inconscientes, ha llevado a quien ejerce la función de juez administrativo, por vía jurisprudencial, a la determinación y aplicación de principios que han construido el Derecho Administrativo[32].

Por eso preguntarse quién actúa como juez administrativo es extremadamente relevante para poder responder adecuadamente quién tiene legitimidad institucional para reclamar la construcción jurisprudencial del Derecho Administrativo y su condición de "fuente". La pretensión de la Corte Suprema, es que esa jurisprudencia la construye ella. En mi opinión, esa respuesta es incorrecta.

Lo que ha sucedido es que el Derecho Administrativo Chileno ha compartido las razones expresadas en el Derecho Comparado como una disciplina de desarrollo jurisprudencial, pero las instituciones fundamentales entre nosotros han sido institucionalmente desarrolladas en la jurisprudencia administrativa y no en la judicial.

Las razones que explican eso son dos: (a) por un lado la transformación progresiva de Contraloría en un juez administrativo y (b) la dispersión institucional del sistema de solución de controversias en el modelo chileno.

Como he explicado en otro momento, la ausencia de Tribunales Administrativos bajo la vigencia de la Constitución de 1925, obligó al organismo contralor a resolver controversias entre los particulares y el Estado en base de la legalidad administrativa a consecuencia de su control de legalidad reconocido en la Constitución. Esto permitió la consagración de los grandes principios sobre los cuales se desarrolló nuestro Derecho Administrativo, aún sin

---

[30] En este sentido Cordero Quinzarra, E., "Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno", en *15 Ius et Praxis* (2009), p. 13.

[31] De Otto, I., *Derecho Constitucional*, Ariel, 1997 p. 70.

[32] Vedel, G., *Derecho Administrativo*, Aguilar, 1980, p. 45 y 46. Para Rivero y Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 2004, p. 8 el Derecho Administrativo es ampliamente jurisprudencial. Para el criterio de disciplina autónoma sobre la base de principio propios y jurisprudencialmente desarrollados, ver entre nosotros a Vergara Blanco, A., *El Derecho Administrativo como sistema autónomo*, Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2010.

legislación positiva[33]. Por tal motivo, cuando en 1974, Contraloría señaló formalmente que los particulares podían recurrir a ella sobre la base del derecho de petición para la tutela de sus "posiciones subjetivas"[34], entonces asumió institucionalmente el rol de juez administrativo y ese rol lo profundizó desde 1990 en adelante.

Por otro lado, el desarrollo de un sistema de impugnaciones en contra de actos administrativos que se justificaron directamente desde la Constitución transformando incluso una acción cautelar y de urgencia como el recurso de protección en un contencioso administrativo de nulidad sin serlo[35], así como el desarrollo de un modelo atomizado de solución de controversias mediante procedimientos y tribunales especiales[36], ha transformado a la "jurisprudencia judicial" en una categorización peligrosamente aceptable como fuente del Derecho Administrativo, por las consecuencias naturales de un modelo de solución de controversias planteado de ese modo.

Quizá la Corte Suprema pueda tener razón en reclamar la primacía en la solución de controversias entre particulares y el Estado, pero no es certero reclamar su condición de fuente del Derecho Administrativo mediante su jurisprudencia. Esa es una pretensión exagerada, dado el modelo de solución de controversias que exhibimos en la actualidad en nuestro modelo institucional y su nulo efecto normativo que genera en el sistema legal; precisamente el efecto inverso que produce la dictaminación de Contraloría.

---

[33] Como explica Pantoja Bauzá, R., n.22, p. 226 para "la jurisprudencia administrativa, el sector público no sólo está regido por un Derecho administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen y la fiscalización de su cumplimiento, están centralizadas, única y exclusivamente, en la Contraloría General de la República".

[34] En el dictamen Nº 24.841, de 1974, indicó que:

"La Contraloría General solo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieran asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado."

En la actualidad la Contraloría sostiene que los particulares pueden recurrir a ella en defensa de sus derechos fundamentales frente a la Administración. Ver en este sentido Dictamen Nº 39736, de 2007, relativo a la opinión del organismo en relación al proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación.

[35] Cordero Vega., L., *Notas sobre control judicial*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.

[36] Ver en este sentido Cordero Vega, L., *Sobres Jueces y Democracia*, intervención en el IV Congreso de Estudiantes de Derecho Constitucional, 2008.