



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado

LA SUBVENCIÓN COMO FORMA DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Sobre la ley N° 20.032, que Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público

Paola Andrea Reyes Vergara

Profesor guía: Luis Cordero Vega, Doctor en Derecho
Santiago, Chile
2019

Por que ha de quedar por escrito que les debo todo lo que soy
A Juan Vicente, Rosa, Vicente y Felipe

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE PRIVADOS.....	6
1.1 El servicio público.....	6
1.1.1 Concepto y evolución.....	6
1.1.2 Características.....	16
1.2 Gestión de servicio público.....	18
1.2.1 La colaboración público-privada.....	22
1.2.2 Instrumentos de colaboración público-privada como reguladores de la prestación de servicios públicos a través de privados.....	28
a) El contrato de colaboración.....	28
b) El contrato de concesión.....	29
c) Compra de servicios.....	34
1.2.3 Algunas consideraciones generales sobre la prestación de servicios públicos a través de privados.....	38
a) Deber general de velar por la correcta ejecución del servicio público.....	38
b) Extensión del concepto de Administración Pública.....	40
CAPÍTULO II	
LA SUBVENCIÓN.....	42
2.1 La actividad de fomento.....	42
2.1.1 Concepto y principios reguladores.....	42
2.1.2 Características.....	49
2.1.3 Instrumentos de fomento.....	50
2.2 La subvención.....	52
2.2.1 Concepto y naturaleza jurídica.....	52
2.2.2 Elementos.....	58
a) Objeto.....	58
b) Sujetos intervinientes.....	60
c) Elemento teleológico.....	66
2.2.3 Clasificación de las subvenciones.....	74
2.2.4 Análisis presupuestario.....	75
CAPÍTULO III	
LA SUBVENCIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY N° 20.032 COMO FORMA DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.....	83
3.1 Servicio Nacional de Menores.....	83
3.1.1 Orígenes históricos.....	83
3.1.2 Convención sobre los Derechos del Niño.....	85
3.1.3 SENAME.....	86
3.1.4 Entidades colaboradoras.....	88
3.2 La subvención del SENAME en el marco de la ley N° 20.032.....	89
3.2.1 Concepción funcional de servicio público.....	91
3.2.2 Caracteres de servicio público: continuo, regular uniforme, permanente y universal.....	95
a) Continuidad.....	95

b) Regularidad.....	96
c) Uniformidad.....	97
d) Permanencia.....	97
e) Universalidad.....	99
3.2.3 La garantía del Estado: tutela e intervención administrativa.....	100
a) Mecanismos de información.....	101
b) Mecanismos de evaluación.....	101
c) Mecanismos de dirección.....	104
d) Potestades frente al incumplimiento.....	104
3.2.4 Relación con otras fórmulas de gestión de servicio público a través de privados.....	105
a) Contrato de colaboración.....	105
b) Contrato de concesión de servicio público.....	106
c) Compra de servicios.....	107
3.3 El sistema de subvenciones del SENAME como forma de gestión de servicio público	108
CONCLUSIONES.....	114
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

ABREVIACIONES

CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CGR	Contraloría General de la República
COM	Comisión de las Comunidades Europeas
CORFO	Corporación de Fomento de la Producción
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPP	Colaboración público-privada
CPR	Decreto N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile
CS	Corte Suprema
DIPRES	Dirección de Presupuestos
LBCA	Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios
LBPA	Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado
LOAFE	Decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado
LOCBGAE	Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LOCGAR	Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del entonces Ministerio del Interior, que Fija el Texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional
LOCM	Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2006, del entonces Ministerio del Interior, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades
LPSP	Ley de Presupuestos del Sector Público

NNA	Niños, niñas y adolescentes
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
SENAME	Servicio Nacional de Menores
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

RESUMEN

Las entidades privadas que colaboran con la función estatal reciben, entre otros incentivos, subvenciones consistentes en transferencias de recursos afectas a una actividad determinada en pos de la consecución de un interés público. Una de ellas, contemplada en la ley N° 20.032, se otorga a los colaboradores acreditados, adjudicatarios para la ejecución de las líneas de acción del SENAME.

Sobre su régimen, se observan características que, ajustándose a la doctrina teórica y presupuestaria de la subvención como instrumento de fomento, se asemejan también a la naturaleza de servicio público, entendido este desde una perspectiva funcional, es decir, con énfasis en la actividad y no en la pertenencia del prestador a los cuadros orgánicos de la Administración.

Así, el objetivo de este trabajo ha consistido en determinar si a través de su entrega se conforma un modelo de gestión indirecta de servicio público, por el cual se satisface una necesidad pública mediante el otorgamiento de las prestaciones a que la entidad colaboradora se compromete por la percepción de la referida atribución patrimonial, respecto de las cuales el Estado, mediante el ejercicio de potestades de supervigilancia y control, asume la posición de garante.

Con esa finalidad se estudió el avance desde la noción orgánica a la funcional de servicio público y las figuras de CPP reconocidas bajo su conceptualización. Seguidamente, para procurar el entendimiento de la figura en cuestión, se examinó la subvención como tal y, finalmente, se efectuó un análisis de la ley N° 20.032 y su reglamento considerando parámetros propios de la actividad prestacional –como sus características y el rol que corresponde al ente otorgante–, verificándose la presencia de aquellos en el régimen de que se trata, así como la mayor exigencia que se impone en su aplicación de manera de garantizar su continuidad, regularidad y permanencia.

INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, las nociones tradicionales que rigen la actividad administrativa se clasifican en tres categorías: de policía, de fomento y de servicio público.

La actividad de policía –también denominada de intervención o de limitación–, es la primera manifestación del actuar estatal en el tiempo y supone la limitación del ejercicio de los derechos de los particulares por razones de interés general, con el objeto de mantener el orden público (Bermúdez Soto, 2011, p.269); la actividad de fomento, por su parte, consiste en la entrega de incentivos por la Administración –a través de técnicas como la subvención, el subsidio, la exención y el premio (Bermúdez Soto, 2011, p.297; Moraga Klenner, 2010, p.15)–, para promover el desarrollo de una acción o prestación considerada de interés general o utilidad social, como también para el logro de un determinado fin o comportamiento (Camacho Cépeda, 2010, p.363); y, la actividad de servicio público o prestacional, tiene por objeto la satisfacción de una necesidad colectiva, de manera continua y regular, gestionada en nombre de la colectividad y ofrecida a la misma (Moraga Klenner, 2010, p.15).

Dicho lo anterior, se comprende que para llevar a cabo toda actividad la Administración requiere de recursos humanos, físicos y financieros que permitan su desarrollo. Con ese objeto, cada año la LPSP contiene una estimación, por una parte, de los ingresos que percibirá el Estado y, por otra, del monto máximo de los egresos en que podrá incurrir para solventar los gastos que aquella implique. En ese sentido, trasciende en esa norma la declaración que efectúan el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional respecto de las políticas que serán fortalecidas en su ejecución a través de la inversión de fondos públicos.

También es importante considerar que no toda política pública es implementada por el aparato administrativo. En efecto, otra decisión que refleja la LPSP es la que consiste en la definición de los recursos que se destinan a la Administración para el ejercicio de sus funciones –por ejemplo, los considerados en los subtítulos 21 y 22, gastos en personal y en bienes y servicios de consumo, respectivamente–, y de aquellos que se prevé serán transferidos a un tercero, sea otra unidad pública o un privado, para los fines que establezca la regulación de que se trate.

De acuerdo a los datos de la LPSP para el año 2018 (Ley N° 21.053), se estimaron ingresos en moneda nacional ascendentes a M\$48.420.851.596, de los cuales M\$20.559.988.832¹ corresponden al total autorizado para transferencias, corrientes y de capital², esto es, un 42,46% de los haberes asociados a gastos.

Dicha cifra ha aumentado desde las estimaciones previas consideradas en la LPSP, por ejemplo, la correspondiente al año 2013 (Ley N° 20.641), observándose un incremento en los referidos subtítulos de M\$7.155.750.331, lo que implica que crecieron, en un lapso de cinco años, un 53,38%, no obstante que el presupuesto total alcanzó una variación de 49,16%.

Lo anterior se relaciona, entre otros aspectos, con el paso desde un Estado liberal, abocado a las funciones mínimas, a un Estado social –en sus vertientes de bienestar y subsidiario–, persecutor y garante del bien común, lo que ha llevado a que la Administración Pública asuma más funciones destinadas a satisfacer las múltiples necesidades de la sociedad, a través de una organización cada vez más compleja. No obstante ello, estas nuevas tareas han dejado al descubierto las falencias estructurales, operacionales y financieras del aparato administrativo, el que, pese a estar investido de facultades y atribuciones, muchas veces no es capaz de desarrollarlas con su sola actividad.

De este modo, la Administración del Estado ya no es considerada una entidad omnipotente que actúa de manera independiente de otros actores de la comunidad social, sino que, por el contrario, ha recurrido a las clásicas formas del Derecho Administrativo o explorado nuevas fórmulas que permitan a sus órganos adaptarse a los requerimientos que los administrados formulan.

Es en esta búsqueda que se han redefinido las figuras tradicionales del Derecho Público, acorde con una Administración en permanente evolución y una finalidad específica, esta es, la satisfacción de las necesidades de la población de manera eficiente a través de las entidades que se presentan como las más capacitadas en el ejercicio de esa labor. De esta manera, resulta interesante observar cómo por medio de dichas herramientas el Estado interviene, de manera indirecta, mediante la dirección de privados, los que si bien concurren voluntariamente se someten a un régimen de obligaciones propias de servicio público definidas en torno a la obtención del bien común que aquel persigue.

¹ Considera las transferencias presupuestadas en los ítems 01 Al Sector Privado; 03 A Otras Entidades Públicas; 04 A Empresas Públicas no Financieras; 05 A Empresas Públicas Financieras; 06 A Gobiernos Extranjeros; y, 07 A Organismos Internacionales.

² Se compone de M\$17.304.925.997 para transferencias corrientes y M\$3.255.062.835 para transferencias de capital.

Así, aparecen nuevas formas de gestionar el servicio público, el que es desempeñado ya no solo por el organismo obligado a prestarlo en primer lugar, sino también por entes distintos, que se allegan a la estructura funcional del aparato administrativo a través de diversas fórmulas, en su mayoría convencionales.

En este contexto, las concepciones tradicionales de la actividad sustancial de la Administración del Estado citan, en el ámbito prestacional, a la que directamente es llevada a cabo por los organismos que la integran y a aquella cuya titularidad le corresponde pero es desarrollada por un privado al que se le encarga su ejecución a través de convenios o concesiones.

A su turno, la transferencia de recursos a particulares, en especial la subvención, se identifica en el marco de la actividad de fomento como una herramienta que busca incentivar al sector privado para que realice una determinada labor de interés público.

No obstante ello, las recientes crisis sociales en el ámbito de protección al menor, así como la discusión relativa a cuál es el rol que compete al receptor de fondos estatales en la ejecución de políticas públicas, me lleva a plantear la hipótesis de si la técnica subvencional que interviene en dicha área consiste, en definitiva, en un modelo de gestión público-privada de servicio público, cubierto bajo el escaso régimen jurídico aplicable a las transferencias de recursos.

De acuerdo con lo mencionado, el presente trabajo tiene por objeto definir a la subvención, en particular la contemplada en la ley N° 20.032, más allá del carácter financiero que subyace a la respectiva LPSP, como un instrumento de prestación de servicio público.

Para estos efectos, se determinará i) si en el contexto actual es requisito esencial del servicio público aquel denominado como *publicatio*, o si este ha variado en la forma en que se manifiesta en cuanto a su gestión a través de privados; ii) si el régimen analizado presenta las características propias que permita calificarlo como una variante en las fórmulas de gestión indirecta de servicio público; y, iii) si la regulación que aplica al receptor de los fondos públicos es expresión de la garantía del Estado en cuanto a su prestación.

Con dicha finalidad, en el primer capítulo se verificará una revisión doctrinaria de la actividad de servicio público, su concepto y evolución, sus características y las figuras de su prestación a través de privados, así como las consecuencias de esa forma de gestionar.

Posteriormente, en el capítulo segundo, se tratará la subvención desde la perspectiva de la actividad de fomento, sus características, sus elementos y su tratamiento en el ordenamiento jurídico nacional, del que se desprenden los principios que le son aplicables y el análisis presupuestario en que se inserta.

Finalmente, en el capítulo tercero se analizará el marco jurídico especial que rige a la subvención que se entrega en el área de protección de los NNA, se determinarán sus características y similitudes con las fórmulas de gestión antes vistas y se examinará la incidencia de la supervigilancia administrativa en su aplicación, con el objeto de verificar si a través de su otorgamiento el Estado ha estatuido un régimen de servicio público.

En definitiva, esta investigación pretende develar que la subvención que se revisa contiene elementos propios del régimen de servicio público, lo que fundamenta por qué es necesaria la elevada tutela administrativa que se observa en dicho sistema, así como la detallada regulación que se impone a la entidad colaboradora que la recibe.

En ese sentido, el estudio que se formula no trata sobre la identificación transversal de la CPP bajo la hipótesis planteada ni resuelve cuál es el mejor y más conveniente modelo de protección de los derechos de los NNA o si la estructura y atribuciones del SENAME en conjunto con su red de colaboradores se ajustan a las funciones asignadas. Empero, se pretende fijar un caso concreto que dé cuenta de una realidad administrativa que no ha sido mayormente tratada desde el prisma que se propone, y con ello contribuir en un nuevo análisis –tanto del servicio público como de la subvención–, que permita luego configurar un marco general en el que se unan ambas herramientas de intervención estatal.

El examen que se propone cobra especial relevancia en el contexto de las iniciativas sugeridas por la mesa de trabajo para el Acuerdo Nacional por la Infancia³ y en el debate vigente de los proyectos de ley sobre reformas constitucionales en materia de protección de la infancia y adolescencia, sobre modificaciones a la ley N° 20.032 y el decreto ley N° 2.465, de 1979, y sobre creación del Servicio de Protección de la Niñez⁴, en cuya discusión, para asegurar el correcto funcionamiento del sistema, así como para la determinación de los deberes exigibles al Estado y a las entidades colaboradoras

³ En especial, lo concerniente al SENAME es abordado en las proposiciones relacionadas con la “protección a la niñez vulnerada, para dar efectiva protección y restitución de derechos a los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados”. Recuperado de http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Acuerdo_Nacional_por_la_Infancia.pdf.

⁴ Contenidos en los Boletines N°s. 8167-07 y 11700-07; 11657-07; y, 12027-07, respectivamente.

acreditadas, necesariamente habrá de observarse la conformación existente del régimen en estudio y cómo el mismo se proyecta hacia el futuro en cuanto a la definición propuesta.

Asimismo, de constatare en la realidad nacional una instrumentalización de la figura de la subvención que permita situarla en el ámbito de la actividad prestacional de la Administración del Estado, se generará una apertura hacia el examen de otras figuras similares, como pudiesen serlo las competencias asignadas al Servicio Nacional del Adulto Mayor o a la Junta Nacional de Jardines Infantiles y las subvenciones que otorgan.

CAPÍTULO I

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE PRIVADOS

El presente capítulo tiene por objeto conceptualizar, desde una perspectiva general, la noción de servicio público como una de las actividades a través de la cual la Administración del Estado satisface necesidades de interés general.

Luego, se examinarán las formas en que la Administración Pública ejerce dicha actividad cuando lo hace a través de particulares, así como también los instrumentos o mecanismos en cuya virtud se configura dicha relación, para finalmente señalar algunas consideraciones generales que a este modelo se atribuyen.

1.1 El servicio público

1.1.1 Concepto y evolución

El concepto de servicio público no es uniforme, ni en los tiempos ni en la doctrina. Varios son los factores que influyen en su definición, como el modelo económico reconocido por el Estado, el grado de intervención que aquel le reconoce y los cambios sociales, los que determinan, entre otros aspectos, qué es y cuáles son sus elementos.

No obstante ello, y más allá del contenido que configura su esencia, la noción de servicio público se ha clasificado en orgánica y funcional, centrándose la primera en los órganos administrativos que ejecutan la actividad y la segunda en la función misma, concebida como una que “persiga un fin de interés general, bien que ella sea realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o aun naturales” (Silva Cimma, 1995, p.28).

Bermúdez Soto (2011) reconoce la existencia de ambas acepciones⁵. Según su concepción orgánica, “el servicio público es un conjunto de órganos y de medios que integran la Administración del Estado que se destina a la tarea de satisfacer, de manera regular y continua, una necesidad de interés general” (Bermúdez Soto, 2011, p.247), y conforme a la definición funcional, “es una actividad ejercida por la colectividad pública tendiente a satisfacer necesidades de interés general, actividad que la administración decide satisfacer a través de procedimientos especiales” (Bermúdez Soto, 2011, p.247). De dichos conceptos, el autor alude como parte de la noción tradicional a los siguientes elementos: la necesidad de interés general, la prestación del servicio por parte de la Administración y la existencia de un régimen jurídico especial respecto de dichas prestaciones (pp.247-248).

Asimismo, desde una visión avanzada, se refiere a esta actividad como una de tipo prestacional, que tiende a garantizar y mejorar las condiciones de vida de los administrados, añadiendo que en la actualidad se estima que “la Administración Pública no es el conjunto de servicios público, sino que va más allá de dicha conceptualización y que los servicios públicos pueden prestarse o existir al margen de la Administración propiamente tal” (Bermúdez Soto, 2011, p.253).

A su vez, Camacho Cépeda (2010) define al servicio público como

[...] la actividad de prestación que la Administración Pública legalmente asume, pero que puede gestionarla directa o indirectamente por persona interpuesta, a fin de satisfacer necesidades públicas, conforme a un régimen especial, exclusiva o predominante de Derecho Público cuando es gestionado por sí o por un régimen que va precedido por la imposición de ciertos deberes o cargas de servicio público, aun cuando se rija por el de derecho privado. (p.276)

Para Marienhoff (1976) el servicio público se refiere a

[...] toda actividad de la Administración pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal. (p.178)

⁵ De acuerdo al autor, también la legislación nacional reconocería ambas conceptualizaciones en el artículo 28 de la LOCBGAE, que define a los servicios públicos como “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua” (Bermúdez Soto, 2011, p.254).

Teniendo a la vista dichas conceptualizaciones, así como probablemente las restantes, variadas y múltiples definiciones a que se podría aludir, tanto de doctrina nacional como internacional, se observa que el elemento común, y que será irremplazable en cualquiera de ellas, es el interés público comprometido en la ejecución de la actividad, cualquiera fuera que se considere como servicio público.

En el ordenamiento jurídico nacional, como señala Camacho Céspedes (2010), inicialmente la concepción de servicio público se formó como una noción orgánico-formal, es decir, que refiere “a las organizaciones del Estado destinadas a satisfacer necesidades públicas, de manera regular y continua, bajo la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República y conforme a un régimen de derecho público” (p.271).

En este sentido, para la autora el concepto de servicio público se ha delimitado de forma distinta en diferentes momentos, lo que se refleja en la jurisprudencia judicial. Así, de acuerdo a los fallos que cita, se reconoce en tanto la entidad se financie con fondos fiscales –sentencia de 12 de junio de 1911–. Más adelante, se concibe en cuanto aquella cumpliera los siguientes atributos: i) estar dotada de potestades públicas; ii) estar destinada a realizar fines de interés colectivo; iii) que disponga de recursos materiales proporcionados por la colectividad cuyos intereses va a servir; iv) que se sujete a un régimen jurídico especial en su organización, administración y funcionamiento; y, v) que tenga representante legal que intervenga en su nombre, judicial y extrajudicialmente –sentencia de 21 de agosto de 1950–; y, con posterioridad, según se plantea en una sentencia de 1959: i) que haya una necesidad pública que se trata de satisfacer en forma regular y continua; ii) que se instituya para realizar dicha función el número necesario de agentes jerarquizados; iii) que disponga de bienes o recursos económicos destinados al cumplimiento de su cometido; y, finalmente, iv) que se rija por un sistema jurídico especial (Camacho Céspedes, 2010, p.270).

En esas últimas conceptualizaciones se observan como elementos definitorios de la concepción orgánica la exigencia de contar el prestador con potestades públicas, la sujeción a un régimen especial de ordenación interna y la existencia de una institución jerarquizada, todos comunes a la Administración Pública en tanto conjunto de organismos a través de los cuales se materializa la función ejecutiva del Estado.

Sin embargo, la realidad social y del Estado han generado una evolución del concepto hacia otro más funcional, que relaciona la actividad que se realiza con sus caracteres esenciales, centrandolo su origen en el reconocimiento tanto de las necesidades de la comunidad como de los derechos sociales.

Como muestra de dicho avance, Pantoja Bauza (2008) alude a la sentencia de la CS, Rol N° 1.439, de 2005, cuyo considerando séptimo señala

Que son características de todo servicio público, por un lado, su sujeción a un régimen jurídico de Derecho Público, si bien la normativa que gobierna los servicios concedidos debe naturalmente recoger el hecho que su ejecución no se lleva a cabo por un ente estatal sino está a cargo de concesionarios, pero sometido a las potestades de control y supervisión de la autoridad administrativa que asume su fiscalización. Por el otro, la continuidad, regularidad y permanencia de la prestación del servicio a sus usuarios o destinatarios, pues este elemento es de la esencia de la función pública de atender la necesidad colectiva que determina la existencia del servicio, sea que se ejecute por organismos estatales, sea que lo lleve a efecto un concesionario. (p.200)

En el mismo sentido, la sentencia de la CS, Rol N° 4.365, de 2015, en su considerando décimo indica que

[...] son características de todo servicio público, por un lado, su sujeción a un régimen jurídico de Derecho Público, y, por el otro, la continuidad, regularidad y permanencia de la prestación del servicio a sus usuarios o destinatarios, pues este elemento es de la esencia de la función pública de atender la necesidad colectiva que determina la existencia del servicio, sea que se ejecute por organismos estatales, sea que lo lleve a efecto un concesionario.

Dicho fundamento, de acuerdo con Cordero Vega (2015), permitió al referido Tribunal aplicar las reglas de todo servicio público, como la continuidad del mismo, a la actividad liberalizada de generación de energía eléctrica.

Asimismo, la CGR dictaminó sobre situaciones que permitieron la ampliación del concepto. En ese contexto Camacho Céspedes (2010)⁶ cita los dictámenes N°s. 27.864, de 1960⁷ –sobre la normativa aplicable a la Corporación de Ventas del Salitre y Yodo, en tanto se reconoce como un servicio de la Administración del Estado–, y 55.270, de 1969 –sobre los “servicios de utilidad pública” tratados como servicios públicos concedidos mediante los cuales el Estado, para satisfacer necesidades colectivas, recurre a la actividad de los particulares, quienes realizan el servicio en virtud de una delegación, en cuya

⁶ Véase Camacho Céspedes, 2010, pp.271-272.

⁷ Aplicado por el dictamen N° 58.949, de 1969, sobre la misma Corporación.

virtud “resuelve desprenderse de estos cometidos para entregarlos a entes privados que aceptan someterse a las normas de derecho público”–.

Así, se observa que los citados Roles N°s. 1.439 y 4.365 y la anotada jurisprudencia administrativa centran el análisis del servicio público en las necesidades colectivas que satisface la actividad, así como en las circunstancias en que aquellas deben atenderse –de manera continua, regular y permanente–, a diferencia de la caracterización que esgrimen las sentencias de principios y mediados de siglo, que tienden a caracterizar al ente público que ejecuta la actividad sobre la que discurren.

Conforme a lo expuesto, los elementos orgánicos de la noción de servicio público fueron perdiendo su carácter de esenciales y definitorios, reconociéndose aspectos tales como la prestación del mismo por parte de particulares.

A diferencia de lo anterior, desde la perspectiva de la intervención económica el rol del Estado ha sido un punto de debate. Desde considerarse uno de carácter pasivo hasta convertirse en uno activo, las teorías han planteado una serie de postulados centrados en la menor o mayor actividad estatal como punto clave del progreso social.

Así, entre los siglos XVIII y XIX, economistas como Adam Smith y John Stuart Mill propugnaron la doctrina del *laissez fiare* o ‘dejar hacer’, apoyando una mínima participación estatal, abocada a los aspectos básicos del orden social –actividad de policía–, y una extensa libertad en la iniciativa privada, la que, en definitiva, dejó a la vista una serie de fallas de mercado tales como cesantía, pobreza y desigualdad social. A ello se sumaron los efectos de las guerras mundiales, que acrecentaron las dificultades económicas de las naciones partícipes.

Dichos aspectos provocaron que en los años siguientes los Estados adoptaran un rol activo en la economía y la sociedad, aprobando iniciativas que tendieran a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Según Pantoja Bauzá (2008), luego del individualismo reinante en el siglo XIX, los gobernantes han de intervenir en la sociedad para asegurar el funcionamiento continuo y permanente de las actividades que atienden necesidades sociales que la ciudadanía no puede satisfacer por sí misma,

convirtiéndose en deber del Estado proveerlas (p.157), dando paso al Estado de bienestar⁸ y sus distintos mecanismos de intervención en la comunidad, los que abarcaron aspectos tales como la producción de bienes, la prestación de servicios y el otorgamiento de prestaciones básicas de asistencia social.

Sin embargo, esta labor tampoco fue exitosa. Como señalan García de Enterría y Fernández (2008) “bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario” (p.47).

En ese sentido, múltiples son los factores que a lo largo del tiempo se han enunciado para resentir la iniciativa estatal así como para definir la antedicha incapacidad. Stiglitz (2000) señala cuatro causas para ello: su escasa información, su reducido conocimiento de las respuestas privadas a sus intervenciones, su mínimo control de la burocracia y las limitaciones impuestas por los procesos políticos (pp.16-18). Hoy, a pesar del paso de los años desde la primera edición de su libro sobre economía del sector público, en 1986, podemos afirmar que las actuales administraciones se enfrentan a los mismos problemas, siendo preciso apuntar además la presión en el erario fiscal que implica la satisfacción de diversas necesidades.

Lo anterior trae un proceso de privatización de las actividades asumidas por el Estado y el reconocimiento del principio de subsidiariedad⁹ y, por ende, de la participación de los particulares en la actividad económica y prestacional, de manera que aquel solo habrá de intervenir en los ámbitos en los que estos no puedan o no quieran actuar.

Sobre ello, señala Cassagne (1996), por un lado, que se observa el abandono de la gestión directa por parte del Estado, reduciéndose a la prestación de los servicios esenciales y, por otro, que aparece la competencia como fundamento de la eficiencia en una ideología de libertad de mercado, que el mismo Estado protege a través de su defensa (p.99).

⁸ Señala De la Riva (2004) que su instauración tiene por objeto asegurar a la generalidad de los ciudadanos el goce de ciertas prestaciones sociales mínimas que hicieran posible el efectivo disfrute y ejercicio de los derechos reconocidos formalmente por el marco jurídico. En definitiva, indica que “el Estado de bienestar, caracterizado como una actuación solidaria del poder público, procuró garantizar un cierto nivel de vida o bienestar a los ciudadanos, instalando una red protectora que aminorara las desigualdades” (p.65).

⁹ La CPR reconoce el principio de subsidiaridad, entre otros, en sus artículos 1º, inciso tercero, conforme al cual “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus únicos propios fines específicos” –en su vertiente positiva–, y 19 N° 21, inciso segundo, de acuerdo al cual “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza” –en su vertiente negativa–.

En el mismo sentido, Ponce de León Salucci (2013) llama la atención sobre el cambio de rol de la Administración del Estado, en el cual observa una reducción de los mecanismos de intervención del poder público y una apertura en las actividades económicas con contenido social hacia la participación de los ciudadanos (p.121).

Sin perjuicio de ello, estos conceptos que en la doctrina parecieran determinar precisamente las bases que estructuran las áreas de acción de la Administración Pública y de los particulares, en la realidad administrativa se tornan difusos y confluyen sin una limitación clara. Así, en la actualidad se observa un alza en las demandas de la ciudadanía para que el Estado participe o se haga cargo de una mayor cantidad de labores con su acción, lo que ha producido una generalización de los instrumentos con que interviene en la prestación de servicios públicos, incluyendo su asunción mediante figuras de derecho privado o por particulares.

Fenómenos como el descrito han dificultado la conceptualización de la actividad de servicio público, lo que ha sido denominado por autores como Bermúdez Soto (2011)¹⁰, Cassagne (1996) y Silva Cimma (1995) como “la crisis del servicio público”¹¹. Incluso la CGR reconoció dicho fenómeno en el citado dictamen N° 27.864 señalando que

[...] ni siquiera la doctrina científica mundial sustenta principios bien decantados en materia de servicio público y tan así es que justamente esas nociones han sido expuestas en los últimos tiempos a fuertes alteraciones como consecuencia de la influencia de factores ajenos a lo puramente jurídico y se ha llegado a hablar de la ‘crisis del concepto tradicional de servicio público’ [...] Los conceptos de intervención del Estado en la vida privada y de Estado empresario son unos de los tantos elementos de juicio que han permitido alterar aquella concepción tradicional.

Ahora bien, no obstante las dificultades o variaciones que pueden observarse desde el origen de la noción de servicio público hasta nuestros días, como expone Silva Cimma (1995), ello más que una crisis es un reflejo de la permanente evolución de las comunidades y sus manifestaciones sociales, a lo que el Estado, sus funciones y el derecho que lo rige deben responder (p.56).

¹⁰ Las otras causas a que alude el autor se refieren a la existencia de actividades de interés general asumidas por órganos públicos a través de instrumentos de derecho privado; la asunción por parte de aquellos de actividades difíciles de calificar como de servicio público; y, la realización de actividades por particulares que, sin ser de interés general, se rigen por procedimientos de Derecho Público (Bermúdez Soto, 2011, p.248)

¹¹ Véase Bermúdez Soto, 2011, p.248; Cassagne, 1996, p.95; Silva Cimma, 1995, pp.55-56.

Por lo expuesto, adquieren relevancia los elementos o criterios que los autores han señalado como indicadores para la identificación de gestión de servicio público.

En el análisis de Bermúdez Soto (2011), serán criterios para su reconocimiento la existencia de una necesidad de interés general que el Estado decide satisfacer; la determinación de los órganos que lo prestan; la vinculación del servicio público con la autoridad pública; y, la ejecución de actividades a través de procedimientos especiales, precisando que, en todo caso, ninguno de ellos es, por sí solo, indiciario del mismo (pp.249-253).

Camacho Céspedes (2010) también se refiere a los caracteres del servicio público, explicando que consiste en la realización de prestaciones a particulares, las que tienen por finalidad atender a la satisfacción de una necesidad de interés público, pudiendo manifestarse en una actividad de hacer o de dar, y cuya titularidad en su ejercicio corresponde a la Administración. Esto, añade la autora, no obstante que permite la gestión a través de terceros y, en este caso, corresponde al titular una posición de supremacía mediante el ejercicio de atribuciones y poderes de supervisión a través de técnicas de policía, las que se contienen en normas especiales, principalmente de Derecho Público, que tienen por objeto asegurar su funcionamiento de forma regular y continua (pp.276-277).

Desde una visión general, Silva Cimma (1995) estima como esencial para definir la existencia de un servicio público a la necesidad que busca satisfacer, esto es, una “elevada al carácter de pública, y atendida como función obligatoria por el Estado” (p.68).

Como se observa, todo examen de la noción de servicio público se origina en el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de una necesidad pública, cuya satisfacción asume como un deber, partiendo desde aquellas básicas en el orden social, como la seguridad pública, enfocándose luego en los derechos fundamentales y su protección, los que debe garantizar, para avanzar hasta los denominados derechos sociales que le corresponde atender¹².

¹² En este ámbito resulta importante destacar el principio de servicialidad reconocido en los artículos 1º, inciso cuarto, de la CPR –“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”–, y 3º de la LOCBGAE, en cuya virtud Camacho Céspedes concluye que el Estado no tiene objetivos propios y contrapuestos a los de los particulares, sino que es un instrumento para el perfeccionamiento de la persona y un mecanismo de satisfacción de las necesidades públicas, mediante la realización de tareas públicas en que se expresan los valores constitucionales que rigen su actuación (2008, pp.261-263).

Así, estos últimos conllevan una prestación positiva del Estado en favor de los ciudadanos, cuya concreción dependerá de la decisión política y de la profundización de la misma, la que tradicionalmente se considera que ha de manifestarse mediante el acto formal denominado *publicatio*, que entrega la titularidad de la actividad de que se trate a la Administración y, como señala Vergara Blanco (2004), la sitúa “fuera de la esfera de acción espontánea de los particulares; y sometiénolas a un régimen de derecho administrativo” (p.40).

En particular, interesa referirse a este elemento en relación con la reconfiguración de la noción de servicio público, por cuanto es la titularidad pública la que ha cuestionarse con la finalidad de determinar qué actividades lo conforman.

En ese contexto, se destaca el planteamiento de Vergara Blanco (2004), quien señala que la referida *publicatio* ya no opera como una reserva estatal de servicio, sino como una “prohibición general con reserva de autorización” (p.34), aludiendo a que la clásica noción de servicio público ha de conectarse con la evolución de las figuras administrativas.

En ese sentido, al definir la libertad de la iniciativa económica, el autor diferencia entre aquella que puede ser ejercida espontáneamente por los particulares y otra regulada, la que da lugar a los “servicios públicos abiertos a la competencia” (Vergara Blanco, 2004, p.41). En esta regulación, ya no se exigiría la delegación de la actividad o la incorporación de un derecho *ex novo* al particular –consecuencia tradicionalmente asociada a la publicación de las actividades cuya gestión se le encarga, puesto que su desarrollo estaría amparado por la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21 de la CPR –derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen–, no obstante que su ejercicio se sometería a títulos habilitantes, dado su carácter de interés o servicio público (Vergara Blanco, 2004, pp.41-44).

En suma, Vergara Blanco invierte la regla de la *publicatio* en la definición de servicio público, ya que mueve la habilitación del legislador hacia la garantía fundamental reconocida a favor del particular, al que le corresponderá prioritariamente el desarrollo de aquel, debiendo para ello sujetarse a los procedimientos reglados dispuestos en el ordenamiento jurídico¹³. Esta concepción es relevante para

¹³ A diferencia del razonamiento de Cassagne (1996), quien en línea con su postulado sobre la expansión del libre mercado indica que los elementos que delimitan la noción de servicio público se refieren a aquellas actividades esenciales para la satisfacción de las necesidades de la comunidad, las que no pueden ser desarrolladas en el marco de la competencia (pp.100-101).

el presente trabajo, ya que además de las técnicas a que refiere el autor –concesión y autorización–, se pretende añadir la técnica subvencional, en el sentido que su regulación, en los términos que se describirán, constituirá una relación público-privada de servicio público.

En la misma línea García de Enterría y Fernández (2011) aluden a una evolución hacia el concepto funcional de servicio público como un “servicio de calidad a un precio asequible para todos”, añadiendo que para su satisfacción efectiva

[...] basta con que las leyes reguladoras de los sectores liberalizados impongan a todos los operadores sin distinción unas concretas obligaciones de servicio público que la Administración, libre ya de responsabilidades prestacionales, se encargará de hacer cumplir utilizando cuando sea preciso sus poderes de inspección y control y, en último término, su potestad sancionadora y asegurando de este modo la infraestructura básica de la vida individual y colectiva en un contexto nuevo de libre competencia sin exclusivas, ni privilegios para nadie. (p.71)

Igualmente, haciendo parte de la esencia del servicio público la pluralidad de agentes que pueden intervenir en él, Marienhoff (1976) refiere que

[...] toda actividad de la Administración pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de las actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal. (p.178)

De esta manera, se reconoce la existencia de servicios públicos que no derivan de un acto estatal expreso o de un hecho o comportamiento de la Administración Pública, sino de su propia naturaleza o esencia, siendo aquellos también actividad de los administrados.

Un análisis similar realiza Camacho Céspedes (2010) a propósito del contrato de concesión de servicio público, al que denomina como “concesión de actividades cuasi-despublicadas” (p.293), señalando que opera, por regla general, en el caso de servicios liberalizados y que siguen siendo de interés público. Por ello, sobre la naturaleza del contrato, cuestiona si se trata de concesiones o de permisos para realizar una determinada actividad, adoptando finalmente esta última postura, por cuanto se trataría, desde su despublicación, de actividades propias de los particulares. En este sentido, la autora

señala que existe una relación objetiva entre regulador-regulado y no titular-concesionario, cuya estructura se configura de acuerdo con el ordenamiento jurídico que resulte aplicable (Camacho Céspedes, 2010, p.293).

De lo anterior, concluye que la actividad de que se trate no se ejerce en nombre y representación de la Administración, sino que a cuenta y riesgo del operador, el que debe asumir los deberes y cargas que aquella le impone. De acuerdo con esto, Camacho Céspedes (2010) no considera dicho contrato como una forma de prestación indirecta de servicio público ya que, a su juicio, la liberalización ha sacado a la misma del ámbito del servicio público (pp.293-294). Sin perjuicio de lo anterior, se precisa también que la noción de servicio público es objeto de revisión, e incluso de redefinición, sobre todo en cuanto atañe a la titularidad pública como característica del mismo (Camacho Céspedes, 2010, p.87).

En este sentido, la apertura del concepto de servicio público permite reconocer que puede llevarse a cabo por privados, más allá de las figuras que tradicionalmente lo conciben como un traspaso desde la Administración Pública al particular. Esto, no solo a través de la delegación o su concesión, sino también mediante técnicas de habilitación e incluso, como se pretende concluir, a través de su financiamiento, de modo que lo esencial será el interés general comprometido en la actividad y la intervención que el Estado asuma en esta, lo que será definido en las regulaciones que se dispongan al efecto.

1.1.2 Características

Cualquiera sea el concepto a que se sujete la concepción de servicio público, en lo relativo a las condiciones en que debe ejercerse existe una mayor homogeneidad.

Como se señaló, su esencia radica en el interés público comprometido y de ello derivan sus características, siendo las más referidas, según Silva Cimma (1995); Camacho Céspedes (2010); y, Bermúdez Soto (2011)¹⁴, las siguientes:

¹⁴ Véanse las páginas 59-60; 286-288; y, 255-256, respectivamente.

- i) Continuidad, esto es, que no puede interrumpirse, lo que no necesariamente debe entenderse en su sentido literal de modo que se prohíba, por ejemplo, un horario de funcionamiento de conformidad con la prestación de que se trate.
- ii) Regularidad, es decir, ajustado al ordenamiento jurídico.
- iii) Uniformidad o igualdad, por cuanto sus prestaciones deben ser análogas para todos quienes se encuentren en una misma situación.
- iv) Permanencia, ya que existe en la medida que subsiste la necesidad que satisface.
- v) Universalidad, sin que sea posible efectuar discriminaciones arbitrarias en su otorgamiento.

Del mismo modo, el TC¹⁵ se ha referido a las características del servicio público, indicando que:

- i) Son órganos de la Administración del Estado encargados de colaborar con el Presidente de la República en su tarea de gobierno y administración.
- ii) Por regla general ejecutan políticas pero no las diseñan, ya que esta labor le corresponde a los ministerios.
- iii) Se caracterizan por entregar prestaciones materiales a los usuarios (educación, salud, vivienda, etc.), satisfacer de modo concreto, directo e inmediato cierta necesidad y por ser servicios para el público.
- iv) Son creados y configurados por ley simple, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.
- v) Están sometidos a un régimen de derecho público, lo que determina que se rijan por el principio de legalidad.
- vi) Están sujetos a ciertos controles en su actuación: el de la CGR; el de los Tribunales; el de la Cámara de Diputados; y, el de las personas.
- vii) El estar sometidos a un régimen de derecho público determina que se rijan por el principio de responsabilidad, que sus manifestaciones de voluntad estén sujetas a un procedimiento administrativo y que su personal, bienes y presupuesto estén sujetos a regulaciones especiales.
- viii) Satisfacen necesidades públicas, de manera regular, continua e igualitaria.

¹⁵ Véase la STC, Rol N° 1.295, 2008, considerando 50°.

De sentencia que se cita, cuyos considerandos 50° y siguientes se ocupan de la actividad desarrollada por los Cuerpos de Bomberos –y sin referirnos a las precisiones que se puedan efectuar en relación con las especificidades de esa labor y la que analiza esta tesis–, se observa que, en atención a los factores recién expuestos, esa Magistratura entiende al servicio público desde una perspectiva orgánica mas que desde la visión funcional que se pretende.

1.2 Gestión de servicio público

De acuerdo a Torrado Sancho (2016), la gestión pública es la actividad de la Administración a través de la cual se ejecuta la acción y se ejercen las competencias por las que se prestan los servicios públicos que tiene encomendados el Estado (p.27). Es decir, corresponde a este apartado la enunciación de aquellas formas a través de las que se otorgan las prestaciones correspondientes a los servicios que forman parte de la función pública.

Como se señaló, originalmente el Estado concentraba orgánicamente la ejecución de sus actividades y la doctrina recogía el principio de que solo podría constituir servicio público aquel prestado por sus organismos. No obstante ello, la nueva realidad socio-cultural y la forma en que los Estados y el Derecho la recogen, alteraron dicho modelo hacia uno que pretende resolver las necesidades de la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, eficacia y economicidad. Así, a propósito de dicha actividad, se busca solucionar las dificultades a que se ha visto enfrentada la Administración para resolver el clásico problema de múltiples necesidades y escasos recursos.

Expresa Moraga Klenner (2010), que en la consecución de sus cometidos, la Administración se ha valido de diversos medios e instrumentos, y que la mayor o menor intensidad de su uso y desgaste atiende a la capacidad que tiene de lograr que las personas acepten, voluntariamente, las decisiones que ella adopta en beneficio de los intereses generales (p.3).

De esta manera, es que cada Estado debe optar por una decisión política que implique resolver, respecto de los fines públicos que ha determinado desarrollar, dónde colocará su acción y sus recursos. Así fue como, en el proceso de esta toma de decisiones, ha optado por gestionar ciertos servicios públicos con la participación del sector privado. Torrado Sancho (2016), denomina esto como la “nueva gestión pública” (p.28), es decir, como el resultado del proceso de reformas a que se somete la Administración Pública para transformar las estructuras de organización del Estado liberal aplicadas a las políticas

públicas que han introducido funciones de bienestar social, generando técnicas de gestión que permiten aplicar nuevas políticas a los servicios públicos y optimizar la eficacia y la eficiencia de su gestión (p.28).

En este contexto, se distingue entre el servicio público propio e impropio. El primero será aquel prestado por el Estado, directamente a través de sus organismos o indirectamente a través de un tercero, e impropio cuando es prestado por privados de acuerdo a disposiciones establecidas por la Administración Pública.

No obstante, Silva Cimma (1995) es crítico de dicha distinción pues, a su juicio, la realización de actividades por particulares que puedan o interesan a la comunidad en ningún caso constituiría servicio público, dado que el agregado de “impropio” sería una ampliación errada del concepto (p.43). Ello, en relación con la conceptualización clásica de servicio público, que confiere dicha naturaleza solo a aquellas actividades entregadas a la ejecución única de la Administración Pública. Sin perjuicio de su apreciación, lo reseñado en el acápite anterior podría permitir otorgar una nueva vigencia a esta distinción.

Otra clasificación relativa a la gestión del servicio público, es la que diferencia entre una directa, que refiere a los servicios que se prestan a través de la estructura organizacional de la Administración del Estado, e indirecta, a través de terceros.

Sobre esta distinción, Camacho Céspedes (2010) señala que en la primera de las aludidas categorías, la prestación del servicio la realiza la propia Administración, con sus medios, y es ella la que aparece actuando frente al particular; en tanto que en la segunda, la prestación se realiza por interpósita persona, a través de las modalidades del convenio, contrato y concesión, en las que asume la posición de garante del servicio (pp.289-291).

Para efectos de este trabajo, no se profundizará en la gestión directa de servicio público sino que se abordará su prestación a través de terceros privados. Con dicho objeto, es importante precisar los diversos mecanismos con que cuenta la Administración del Estado para mancomunar o encargar, según se trate, la referida gestión.

En ese contexto se debe tener presente que la Administración del Estado, a diferencia de los privados, solo puede realizar aquello que le está permitido por ley. Esto es el principio de legalidad, o

como se conoce contemporáneamente, de juridicidad, que, por un lado, autoriza la actuación del Estado y, por otro, protege la esfera de la actuación particular.

De esta manera, su actividad debe realizarse con una previa habilitación de potestades y conforme a Derecho. En nuestra legislación, este principio se encuentra reconocido en el artículo 6º, inciso primero, de la CPR, conforme al cual “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”; y en el artículo 2º de la LOCBGAE, que dispone

Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes¹⁶.

Como señala Camacho Céspedes (2010) “la actuación administrativa se configura como una actividad de gestión servicial a los intereses generales que se debe realizar de forma subordinada al Ordenamiento, empleando los medios necesarios y adecuados para ello” (p.82).

Así, es fundamental el reconocimiento de la facultad que, en el contexto de la función administrativa, el ordenamiento jurídico dispone respecto de cómo la actividad de servicio público puede ser desarrollada de forma indirecta.

Al respecto, el artículo 37 de la LOCBGAE dispone que

Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado.

¹⁶ En lo que concierne a la presente investigación, es importante destacar la manifestación financiera que el principio de juridicidad proyecta en el actuar de la Administración Pública en materia de gasto público. Así, según lo manifestado por la CGR, conforme a dicho principio, por una parte, los servicios públicos solo pueden efectuar los desembolsos que estén autorizados por la ley, de modo que no procede el enterero de estipendios que carecen de fundamento legal y, por otra, los egresos que se autoricen con cargo a fondos públicos solo pueden emplearse para los objetivos y situaciones expresamente contemplados en la regulación que resulte aplicable (Dictámenes N°s. 45.163, de 2017, y. 12.550, de 2018).

Más preciso resulta el artículo 8° de la LOCM que en sus incisos primero a tercero preceptúa que

Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán celebrar convenios con otros órganos de la Administración del Estado en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios. Asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas. De igual modo, podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título.

En este contexto, se destaca que, en su generalidad, las figuras que aparecen en el desarrollo de la gestión del servicio público se desenvuelven en el ámbito de la contratación, lo que Moraga Klenner (2010) reconoce como una transformación de la función administrativa, desde la actuación unilateral hacia una manera distinta de cumplir con su cometido (p.10).

Según el autor, es innegable que hoy la Administración actúa con más frecuencia a través de pactos y acuerdos, principalmente producto del traspaso de funciones estatales al sector privado. Para ello, agrega, se crean o remozan antiguas legislaciones, de manera de transformar dichos marcos normativos en, entre otros, instrumentos de promoción de inversiones de privados (Moraga Klenner, 2007, p.15).

Finalmente, concluye que este aumento en la contratación ha dado lugar a una forma negociada de administrar, funcional a un fortalecimiento de la democracia, provocando, asimismo, participación del interesado en la forma cómo se ejercen los poderes públicos, logrando su mayor cooperación y una más intensa publicidad y transparencia en las actuaciones administrativas, las que, al estar basadas en el consenso, aumentan la previsibilidad del comportamiento estatal y disminuyen estados de inseguridad jurídica fundados en el secretísimo administrativo (Moraga Klenner, 2007, p.17).

Por su parte, para Cordero Vega (2006), la contratación administrativa responde a un modelo de intervención administrativa que permite mayor flexibilidad en la forma en que el ente público gestiona el servicio público (p.43).

1.2.1 La colaboración público-privada

Cualquiera sea el mecanismo en cuya virtud la Administración del Estado recurre a un privado para la prestación de una actividad de servicio público, subyace en aquel una fórmula de colaboración.

La RAE define colaborar como “Trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra” (2014a). Distinguimos en este concepto una pluralidad de personas –a lo menos dos– que trabajan conjuntamente para obtener un resultado. De acuerdo a la misma entidad, un sinónimo es contribuir, es decir, “Concurrir con una cantidad” y “Ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin” (RAE, 2014b).

En la legislación chilena, la colaboración se desarrolla principalmente en torno a la función administrativa. De este modo, si bien el artículo 24, inciso primero, de la CPR, prescribe que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, la máxima autoridad no realiza dichas labores de forma individual sino que, como señala el artículo 1^o¹⁷ de la LOCBGAE, lo hace con la colaboración de los órganos que establecen la Carta Fundamental y las leyes.

En efecto, y como primeros colaboradores, ambos textos normativos indican en sus artículos 33¹⁸; 22¹⁹ y 23²⁰, respectivamente, que los ministerios y los ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República. Pero no son los únicos, pues las competencias y atribuciones de todo el aparato administrativo, centralizado y descentralizado, se acoplan con la finalidad de coadyuvar al Jefe de Estado en el gobierno y la administración del país²¹.

Ahora, la antedicha no es la única forma de colaboración ejercida por los entes públicos ya que, como se ha adelantado, en su actuación se vislumbran otras formas de accionar en ese sentido. Ello con el objeto de lograr, por los cauces jurídicamente posibles, su propia finalidad, esta es, la de promover el

¹⁷ “El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”.

¹⁸ “Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado”.

¹⁹ “Los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”.

²⁰ “Los Ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta”.

²¹ Desde una perspectiva general, el artículo 1^o, inciso segundo, de la LOCBGAE, preceptúa que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

bien común atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente y, a la vez, fomentar el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que les confieren tanto la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones del carácter regional, nacional y comunal (LOCBGAE, artículo 3º, inciso primero), todas ellas normativas y actos que establecen o promueven esos otros modelos de colaboración.

Luego de esas consideraciones, corresponde referirnos al fenómeno de la colaboración o asociación público-privada.

Al respecto, lo primero es señalar no existe un concepto unitario de colaboración administrativa. Dorrego de Carlos y Martínez (2009), refiriéndose a las distintas especies de CPP, indican que la dificultad radica en que “no es sencillo acotar el campo de lo que estrictamente consideramos técnicas de colaboración público-privada frente a lo que son instituciones tradicionales del Derecho administrativo en las que está presente alguna forma de participación de la iniciativa privada” (p.50).

Sin perjuicio de ello, se advierte que la colaboración administrativa consiste en un mecanismo de actuación conjunta en virtud de la cual la Administración concerta, sea entre diversas unidades de su organización o entre una de ellas con un particular, el desarrollo de una acción, contribuyendo ambas partes, a través de la disposición de medios propios, en su ejecución con una finalidad de bien común. Por su parte, la CPP involucra a la Administración con los administrados, manifestándose mediante acuerdos, convenios o contratos, con o sin transferencia de fondos, como también a través de la creación de entidades conformadas por representantes de ambos sectores o con la participación de un organismo público en un ente privado.

Los primeros acuerdos calificados técnicamente de CPP se originaron en el área de infraestructura pública y transporte.

Ejemplo de lo anterior es el caso de Europa pues, luego de las guerras mundiales, el alto nivel de endeudamiento y de déficit imposibilitó que los Estados se hicieran cargo de las políticas públicas relacionadas con obras, incrementándose así la participación privada a través de figuras como la concesión. Por ello, observando el desarrollo de los países que la integran, la COM (2004) señaló –en el primer texto comunitario sobre la materia– que la CPP se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación,

construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

Así, las primeras caracterizaciones de CPP como un fenómeno particular se gestaron en los países anglosajones, principalmente en Inglaterra, donde bajo el nombre de *Private Finance Initiative* (PFI) se desarrolló su mayor modelo. Ello ocurrió cuando, al finalizar la década de los 80, el Reino Unido enfrentó problemas de financiación y déficit fiscal, por lo que no estaba en condiciones de realizar inversión pública en infraestructura sin comprometer el saneamiento financiero que perseguía. Sin embargo, y luego de algunas medidas que sin sustentabilidad buscaron incorporar al sector privado en la gestión pública, en 1992, bajo el gobierno de John Major, aparece la PFI, una institución que, regida por el principio de *value for money*²², se destacó por la corresponsabilidad en la asunción de los riesgos y la intención de introducir el capital y las formas de gestión de la empresa privada en la producción y explotación de infraestructuras y servicios (Dorrego de Carlos y Martínez, 2009, p.42), gestionándose bajo dicho sistema puentes de peaje y el metro de Londres, entre otros, y, más tarde, proyectos en las áreas de sanidad y administración de justicia.

Dorrego de Carlos y Martínez (2009) señalan que la PFI

[...] se revela como un mecanismo de relación entre operadores privados y poderes públicos nacido de la propia experiencia sobre la insuficiencia de otros modelos de gestión y apoyado en dos ejes fundamentales que serán, asimismo, los conceptos básicos en los que descansan los mecanismos actuales de colaboración público-privada: la transferencia de riesgos al sector privado y el tantas veces mencionado Value for Money. (p.43)

²² Término que refiere a la obtención de los mejores resultados posibles de una determinada inversión o al costo más ventajoso, lo que no corresponde, necesariamente, al menor desembolso económico (Loo Gutiérrez, 2015, p.323).

Se reconocen en la formación mencionada aspectos técnicos y características puntuales – como la distribución de obligaciones y la asunción compartida de riesgos²³–, que delimitan las formas de CPP. Sin embargo, en nuestro país dichos elementos diferenciadores no han sido mayormente tratados y el concepto de colaboración o asociación público-privada es amplio.

Así, Bermúdez Soto (2011), indica sobre el principio de cooperación que encuentra su fundamento en el aumento de las tareas que el Estado asume, así como en la complejidad de las mismas en relación con la disminución de personal y capacidades de la Administración (p.95).

Moraga Klenner (2010) señala que son dos las razones que fundamentaron dicha asociación. Una técnica, que demuestra que ni el Estado ni los particulares pueden alcanzar su desarrollo por sí mismos; y una política, que concibe a la participación privada en la gestión pública como el eje central de un régimen democrático moderno basado en una relación de colaboración entre ambos sectores más que en una de subordinación, trascendiendo, en ambos sentidos, a juicio del autor, el principio de subsidiariedad (p.7).

Desde esta perspectiva, la Administración ya no coacciona al particular sino que este colabora con ella. Como señala Moraga Klenner (2010), en la colaboración subyace la necesidad de una actuación conjunta de esfuerzos públicos y privados (p.6) –yendo más allá de la necesidad de financiamiento que se observa en los países europeos–, en virtud de la cual ya no es posible concebir el mundo de lo público y de lo privado como dos realidades separadas e independientes; sino que más bien, como plantean Fernández y García de Enterría (2008), “la Administración, hecha para mandar, necesita imperiosamente negociar, una vez descubierto que con poder mandar no basta en muchos casos” (p.684).

En este contexto, la CPP es tratada en nuestro país en materia de contratación pública y reparto de actividades, extendiéndose además hacia otras instancias de acercamiento de actores públicos y

²³ Conforme a estas características, cada parte asume la gestión de aquello en lo que, según sus capacidades, es más competente, por lo que puede realizarlo de manera más eficaz que su contraparte, así como asumir los riesgos derivados de dicha actividad. Por ejemplo, el privado asumirá los riesgos asociados a la ventaja cualitativa derivada de su posición en el mercado mientras que la Administración centrará sus preocupaciones, por regla general, en la elaboración del proyecto y las condiciones de prestación del servicio, asumiendo la responsabilidad final sobre este, labor de la que, atendida su calidad de ente público, no podrá desligarse. En ese sentido, en materia de contratación de obra pública, la CGR ha dictaminado que “los errores de que adolezcan los antecedentes de la licitación entregados al contratista, y que no hayan sido salvados con las correspondientes aclaraciones, son, en principio, responsabilidad de la Administración, de modo que esta debe hacerse cargo de las consecuencias económicas que de ello deriven, a menos que se demuestre que no podían sino haber sido advertidos por los oferentes” (Dictámenes N°s. 74.108, de 2016; y, 89.858, de 2016).

privados, vislumbrándose una forma más democrática de administrar, con intervención y opinión ciudadana²⁴.

En todo caso, resulta importante destacar que muchas de las acciones involucradas en los fenómenos de colaboración a que se alude, podría el Estado desarrollarlas a través de su sola actuación, unilateralmente y, atendidos sus caracteres –presunción de legalidad, imperio y exigibilidad–, el sometimiento del administrado se encontraría en gran parte garantizado. Pero las referidas nuevas fórmulas buscan incentivar la participación del particular a través de otros medios, originando un sometimiento voluntario al cumplimiento de unas obligaciones en las que ha consentido, mediante el ejercicio de las competencias que le permiten a aquel concordar con los particulares la realización mancomunada de una finalidad pública.

Valiéndose de dichos mecanismos especiales, ya Silva Cimma (1995) reconocía la función colaboradora de los particulares en la satisfacción de las necesidades públicas a través de los “establecimientos de utilidad pública”²⁵, a los que conceptualiza como “entes privados que coadyuvan con el Estado en la satisfacción de las necesidades que a éste corresponde mediante servicios públicos y que nacen por la libre iniciativa de los particulares” (pp.274-275). No obstante, a su juicio, sus actividades no constituyen servicio público ni dichos entes integran la Administración del Estado, ya que nacen de la iniciativa particular –es decir, conforme a la concepción tradicional–, pero sí reconoce que por ser colaboradores del Estado, este les presta protección, por ejemplo, a través de la entrega de subvenciones o mediante la liberación del pago de impuestos²⁶.

Para Soto Kloss (1963), el establecimiento de utilidad pública es “toda corporación privada que concurra en forma paralela con el Estado en la satisfacción de un interés general o público y es protegido y amparado por éste en función de dicho fin” (p.44). Luego, como explicita, la definición que otorga da cuenta del reconocimiento a la satisfacción de intereses públicos que puede ser llevada a cabo por particulares (Soto Kloss, 1963, p.45).

²⁴ Camacho Céspedes (2010), Moraga Klenner (2010) y Bermúdez Soto (2011) se refieren a este mecanismo como uno que abarca diversos ámbitos de la actividad estatal –además de aquel tratado en esta tesis–, tales como la creación de instancias de participación de especialistas y ciudadanos, los mecanismos de incentivo a particulares para realizar una actuación o de exención de aplicación de una norma, el reconocimiento de entidades certificadoras y de inspección y la actividad normativa en que se reconoce la participación institucionalizada de los particulares.

²⁵ En el mismo sentido se refieren a los establecimientos de utilidad pública los autores pertenecientes a la, denominada por García Machmar (2011), Escuela Chilena del Servicio Público, como Juan Antonio Iribarren, Manuel Daniel Argandoña y Patricio Aylwin Azócar (pp.61-68).

²⁶ Señala el autor como ejemplos de establecimientos de utilidad pública en el ámbito educacional a las universidades, y en el asistencial a instituciones como el Hogar de Cristo y el Consejo de Defensa del Niño (Silva Cimma, 1995, pp.274-275).

En la vertiente que interesa a este trabajo, y sobre los motivos que llevan a la Administración a optar por la CPP, se pueden mencionar la falta de estructura o financiamiento que le permitan gestionar directamente una serie de servicios públicos. Entonces, decide solicitar la colaboración del privado en el entendido que su actuar será más eficiente y conllevará un mayor beneficio a la sociedad.

En este sentido, Pallavicini Magnère (2015) indica que actualmente las necesidades públicas son tantas y de tan variada naturaleza que en ocasiones el Estado no tiene la capacidad –financiera, técnica y/o humana–, para atenderlas todas, de modo que recurre a diversas fórmulas, como por ejemplo, según cita, encargar a privados la gestión de nuevos órganos públicos sobre los que ejerce una función de fiscalización, con el objeto de cumplir con las obligaciones que la ley le impone para con la sociedad, sin incurrir en una falta de servicio. Con dicho fin, añade, la Administración del Estado ha generado mecanismos integrativos de figuras dispersas en distintas leyes, permitiendo la intervención de órganos particulares en la gestión administrativa, de forma activa o a través de figuras de colaboración, conformando la denominada “administración invisible” (Pallavicini Magnère, 2015, pp.437-438).

A su vez, persigue esta forma de asociación un aprovechamiento de los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública, sea entregándole a este la actividad administrativa, o bien, consiguiendo reducir los costos en la referida gestión directa.

Así, la CPP se presenta como un punto intermedio en aquellos casos en que el Estado ha decidido intervenir, y lo hace asociándose con particulares a través de mecanismos como la entrega de recursos o motivando al sector privado mediante diferentes incentivos. Sobre ello, señala Moraga Klenner (2010) que

El Estado también cumple con sus funciones sin necesidad de obligar compulsivamente a las personas, sino que premiándolos, subvencionándolos, dándoles incentivos y beneficios, invitándolos a participar en un plano de igualdad jurídica en el cumplimiento de tareas y cometidos públicos, especialmente cuando se trata de aquellos que pertenecen a la actividad administrativa. (p.23)

Por lo expuesto, en el desarrollo de la CPP, como describe el aludido Libro Verde, se observa una transformación en la manera en la que el Estado interviene en el ámbito económico y social al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador (COM, 2004).

1.2.2 Instrumentos de colaboración público-privada como reguladores de la prestación de servicios públicos a través de privados

a) El contrato de colaboración

Como tal, este acuerdo de voluntades no es uno de carácter típico. Muchas convenciones podrían estructurarse bajo esta denominación y sus características.

En efecto, en gran parte de los convenios que suscribe la Administración Pública se observa un atisbo de colaboración. Por ejemplo, a través del contrato de suministro de bienes recurre al privado para abastecerse de los elementos necesarios para su funcionamiento. En esta convención, en cuanto a su naturaleza, existe una compraventa o un arrendamiento; sin embargo, fuera de la calificación jurídica, es un contrato utilizado por el Estado para obtener los medios materiales que requiere para el ejercicio de su función y que el privado pone a su disposición, colaborando con él.

Moraga Klenner (2010) al clasificar los contratos administrativos atiende, entre otros criterios, a si existe o no una comunidad de intereses entre las partes (p.330). Así, indica que no obstante las posiciones jurídicas adoptadas por cada uno de los contratantes en vista de su utilidad propia, ellos se necesitan mutuamente, a través de intereses que si bien puede que no sean idénticos, no siempre son antagónicos (p.338).

En cuanto a la esencia del contrato de colaboración, Cassagne (1996) señala que lo fundamental es la prestación que el particular debe a la Administración, en la cual subyace una cooperación con la función pública. Ello, a diferencia de los pactos de atribución, cuyo núcleo se conforma por la prestación estatal, mientras que la del co-contratante se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene del Estado (p.307).

De esta manera, desde el prisma de la contratación administrativa, la Administración Pública reconoce en el particular un colaborador voluntario cuyos intereses no son opuestos a los propios, existiendo además un interés común entre ambos, consistente en llevar adelante el contrato (Bermúdez Soto, 2011, p.210).

A su vez, la jurisprudencia de la CGR ha manifestado que los convenios de colaboración presuponen el desarrollo de actividades en forma conjunta por las partes destinadas al cumplimiento de

un objetivo común, comprometiéndose cada una de ellas a realizar labores específicas que se complementan (Dictámenes N°s. 27.814, de 1984; 959, de 1999; y, 52.097, de 2002).

Así entendido el contrato de colaboración –como aquel en que las partes ejecutan actividades en pos de un objetivo común–, se comprende también que su suscripción no necesariamente conllevará la gestión indirecta de servicio público. Se señala lo anterior, debido a que dicha cooperación puede presentarse desde unos aspectos mínimos, como por ejemplo, a través de la puesta a disposición de un recinto para la realización de alguna actividad que el organismo público desee llevar a cabo, hasta una completa asunción de la entrega prestacional por parte del privado, no obstante que estos casos se relacionen con las figuras administrativas que se señalan a continuación.

b) El contrato de concesión

Cualquiera sea la clase de concesión, en todas se encuentran importantes aspectos de colaboración comprometidos. En efecto, suele referirse a este contrato como el máximo exponente de la asociación público-privada.

Las más relevantes para efectos de este trabajo son las concesiones de obra pública y la de servicio público, aunque también es posible que en un mismo contrato confluyan ambas, en tanto le sea encargada al privado la construcción de la infraestructura con el fin de que desempeñe el servicio que ha de prestarse en aquella y se retribuya con el cobro de una tarifa al usuario o mediante un mecanismo de subvención dispuesto por el Estado.

Desde el prisma del servicio público y la discusión doctrinaria, la concesión consiste en un modelo de gestión indirecta, en la que se reconoce la titularidad de la actividad a la Administración Pública, que la encarga a un tercero para que la ejecute en su nombre, incorporando este en su patrimonio un derecho del que antes carecía.

Camacho Céspedes (2010) define el contrato como “una modalidad de concesión traslativa por la que se transfiere a favor de un particular el derecho para ejercer una actividad formalmente reservada a la administración, proporcionándole al concesionario ciertas prerrogativas” (p.292).

Para Loo Gutiérrez (2016), es un contrato entre la Administración del Estado y un privado, en cuya virtud aquella encomienda la ejecución de una obra de uso público o utilidad pública y este adquiere, por un lado, la obligación de financiar, ejecutar, explotar y mantener dicha obra; y, por otro, un crédito para el cobro de derechos de uso con el objeto de recuperar la inversión realizada y obtener la rentabilidad correspondiente (p.197). En el análisis que realiza el autor a propósito de los riesgos, en general sobre las asociaciones público-privadas –con base en la normativa contenida en la directiva europea 2014/23/CE²⁷–, pone de manifiesto que un contrato puede ser calificado como concesión solo en la medida que se transfieran al concesionario los riesgos operacionales. Estos son, los que tienen estrecha relación con su desempeño como contratista y comprenden, para el caso de obra pública, los de construcción, de demanda y/o de oferta de la infraestructura (Loo Gutiérrez, 2016, p.203).

Ponce de León Salucci (2013) se refiere a él como un contrato administrativo

[...] celebrado entre el Estado y un tercero particular –denominado Concesionario–, donde este se obliga a realizar una obra a su cuenta y riesgo cuyo pago no será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados (usuarios de la obra) durante el tiempo que dure la explotación de la misma obra por parte del Concesionario. (p.121)

Sobre el contrato de concesión de servicio público, señala Aróstica Maldonado (2016) que puede definirse como

[...] aquel acuerdo de voluntades en que convergen, de un lado, un ente público integrante de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (concedente) y, por otra, una determinada persona privada, natural o jurídica (concesionario), cuyo objeto

²⁷ Traspone dicha directiva al ordenamiento jurídico español la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, cuyo preámbulo, en su apartado IV, enuncia como una de sus principales novedades la supresión de los contratos de gestión de servicio público –que se reemplaza por el de concesión de servicios–, y de colaboración público-privada. Explica dicho apartado, en lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de servicios, que necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional al concesionario. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, se tratará, bajo la nueva normativa, de un contrato de servicios. Interesante resulta destacar la lógica que promueve dicha modificación al señalar el referido numeral que “había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba. Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba, y, por tanto, se relacionaba con el usuario era la Administración, quien, en el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios), con un empresario particular”. En cuanto a la supresión del contrato de colaboración, señala que ello ocurre por cuanto “La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión”.

consiste en que aquél transfiera a ésta la ejecución de las prestaciones necesarias para la satisfacción de una necesidad pública. (p.146)

A su turno, Bermúdez Soto (2011) consigna que corresponde a un modo de gestión y lo define como “aquel por el cual una persona pública, el concedente, encarga a una persona privada, el concesionario, hacer funcionar un servicio público, asumiendo las cargas y remunerándose con cargo a los usuarios” (p.264).

La dificultad que radica en esta tipología de contrato, al igual que ocurre con la definición de servicio público –y por ser, por cierto, su objeto–, es la de determinar su existencia en base a lo que se entienda por aquel. Por ello es que Soto Kloss (2002), al enunciar sus características incluye, como la primera, la manifestación del Estado en cuanto a haber operado la *publicatio*, abstrayéndolo de la iniciativa privada y del principio de subsidiaridad (pp.113-116).

Así, precisa Soto Kloss (2002) que consiste en una concesión de servicio público aquella

[...] institución jurídica a fin de satisfacer por el Estado las necesidades que el legislador califica como públicas, esto es que han de ser satisfechas por el Estado, sea directamente por sus propios órganos que desarrollan la función administrativa, sea indirectamente por medio de concesionarios, que asume, así, por el Estado, pero bajo una regulación de fuente legal, y bajo su fiscalización, la gestión y funcionamiento de esa prestación de servicios al público. (p.116)

De esta manera, bajo la noción tradicional, se entenderá como concesión aquella que otorga el derecho a realizar una actividad que pertenece de forma privativa al ámbito de competencias de la Administración.

Sobre su fundamentación, García de Enterría y Fernández (2008) señalan que la concesión vino a resolver el problema de la creación y/o gestión de servicios públicos mediante la interposición de una empresa privada, desdoblándose la titularidad de la actividad, que retiene la Administración concedente, y su gestión, de naturaleza predominantemente económica, que se entrega a un concesionario particular, quien es, por tanto, quien hace la inversión necesaria mediante la construcción de la obra pública que ha de servir como infraestructura del servicio y la adquisición del material que resulte preciso para su explotación, la que luego se retribuye y amortiza mediante el cobro de tarifas hacia los usuarios (p.740).

Como manifiesta Moraga Klenner (2010), cuando la Administración opta por la concesión, supone que de forma previa adoptó una posición sobre una serie de materias (p.311) y, en este análisis de comparación, se estima concluye que este instrumento es el más adecuado para la ejecución de su actividad, tanto desde el punto de vista de los costos, de los recursos públicos involucrados y del financiamiento que realizarán los mismos ciudadanos, como de su mejor operatividad, lo que constituye, en los términos vistos, el *value for money*.

A lo anterior también se relaciona la alta inversión que se requiere para la construcción y mantenimiento de infraestructura y la escasez de recursos estatales, o la decisión política de invertirlos en otras áreas de necesidad. Sumado a ello, la mantención del equilibrio en las finanzas públicas y la aversión a los altos índices de deuda, han generado las condiciones en cuya virtud la Administración Pública recurre al financiamiento privado para generar una mejora en las condiciones de sus obras y en la prestación de sus servicios.

En nuestro país, el sistema de concesiones se recoge de manera dispersa en distintos cuerpos normativos, siendo el más genérico el contenido en el artículo 8º, inciso tercero, de la LOCM, que faculta a los municipios para otorgar concesiones de servicio público municipal –por ejemplo, el de recolección de residuos domiciliarios–, en tanto que el más reconocido es aquel a cargo del Ministerio de Obras Públicas, cuyo texto orgánico, contenido en el decreto con fuerza de ley N° 850, de 1997, de la misma Cartera de Estado, en su artículo 87, dispone que, además de las restantes fórmulas que contempla, las obras públicas fiscales podrán ejecutarse “a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan”. De la misma manera, dicho precepto autoriza a concesionar la reparación o mantención de obras públicas fiscales, como asimismo la explotación, que incluya reparación, ampliación, conservación o mantenimiento, de obras existentes, o de terrenos u obras comprendidos en las fajas de los caminos públicos, con la finalidad de obtener fondos para la construcción de otras obras nuevas que se convengan²⁸.

También la ley N° 19.712, del Deporte, a través de su artículo 12, letra j), faculta al Instituto Nacional de Deportes de Chile para “Administrar los recintos e instalaciones que formen parte de su patrimonio, pudiendo encargar la gestión del todo o parte de ellos a las municipalidades o a personas

²⁸ Estas concesiones se regulan en el decreto con fuerza de ley N° 900, de 1996, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, ambos del Ministerio de Obras Públicas.

naturales o a personas jurídicas de derecho público o privado a través de convenios o concesiones”, las que regula en su Párrafo 4º, Título IV Del Fomento al Deporte y que, de acuerdo a su artículo 56

[...] otorga al concesionario un derecho real de uso y goce sobre recintos deportivos e inmuebles destinados a la práctica del deporte, facultándolo, según el caso, para administrar o para construir y administrar las instalaciones destinadas a cumplir con los objetivos de esta ley.

Otras regulaciones, no obstante la discusión que pueda existir sobre la naturaleza de servicio público, se contienen en áreas sectoriales, tales como el artículo 7º, inciso primero, del decreto con fuerza de ley N° 4/20.018, de 2006, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica, que dispone que es servicio público eléctrico “el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros”; y el artículo 8º, inciso segundo, de la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que prescribe que

Se requerirá de concesión otorgada por decreto supremo para la instalación, operación y explotación de los siguientes servicios de telecomunicaciones: a) públicos; b) intermedios que se presten a los servicios de telecomunicaciones por medio de instalaciones y redes destinadas al efecto; y c) de radiodifusión sonora.

Si bien no se profundizará en el análisis particular del sistema de concesiones que dichas y otras normas establecen, resulta importante destacar las conclusiones a que ha arribado la OECD en su documento Análisis De Gobernanza De Infraestructura: Chile. Brechas y Estándares de Gobernanza de la Infraestructura Pública en Chile. Mensajes Clave, conforme al cual el país

[...] ha logrado encauzar el financiamiento privado para el desarrollo de su infraestructura. Chile ha adoptado y perfeccionado el modelo de concesiones de infraestructura, lo que explica en gran medida la velocidad a la que se ha construido la extensa red de carreteras. En las más de dos décadas transcurridas desde el lanzamiento del programa de concesiones en 1992, Chile ha financiado 82 proyectos por un valor de

USD 19.000 millones y ha construido o rehabilitado 2.500 kilómetros de carreteras utilizando este mecanismo (MOP, 2016, cit. en OECD, 2017, p.1).

Lo recién expuesto, da cuenta del impacto que significa en el mejoramiento de las obras nacionales la utilización del mecanismo de concesiones, financiándose proyectos que desde el sector estatal habrían significado un elevado compromiso de recursos fiscales dejando sin financiamiento otras necesidades o que tal vez, por esa justificación, no se llevarían a cabo observándose un deterioro en la red vial, que, su vez, impacta en otras áreas, como la calidad de vida de los ciudadanos y el transporte de mercancías.

c) Compra de servicios

Por regla general, la compra de servicios se refiere a aquellos que los organismos públicos requieren para la ejecución de sus propias actividades.

En ese sentido, el artículo 1° de la ley N° 18.803 autorizó a los servicios públicos para “encomendar, mediante la celebración de contratos, a municipalidades o a entidades de derecho privado, todas las acciones de apoyo a sus funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades”, para luego definir acciones de apoyo como

[...] todas las que no constituyan directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios y que sean complementarias a dichas potestades, tales como recepción, recopilación, preparación, revisión y evaluación de antecedentes; procesamientos computacionales; cobranzas y percepción de pagos; conservación y reparación de bienes inmuebles y muebles; aseo y otros servicios auxiliares.

Como puede advertirse, solo pueden ser objeto de los referidos convenios las funciones o tareas auxiliares o complementarias para el ejercicio de las potestades públicas, de manera tal que la ejecución de las labores encomendadas no puede significar que el co-contratante asuma el desarrollo de las competencias que la ley entrega a los órganos de la Administración del Estado (CGR. Dictámenes N°s. 16.915, de 1994; 7.023, de 2005; y, 48.690, de 2009).

Asimismo, los artículos 11 de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, y 4° de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, autorizan a los servicios públicos que regulan para la contratación, sobre la base de honorarios, de profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución; de extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera; y, de prestación de servicios para cometidos específicos.

En relación con dichas contrataciones, la jurisprudencia de la CGR ha señalado que se entiende por labores accidentales, y no habituales del servicio, aquellas que siendo propias del organismo son ocasionales y/o circunstanciales, en tanto que las funciones permanentes –que debe realizar un servicio de acuerdo con los fines para los que fue creado– deben desempeñarse bajo el régimen estatutario de derecho público, o sea a través de cargos de planta o a contrata (Dictámenes N°s. 6.130, de 1972; 5.535, de 1997; 22.135, de 2000; y, 73.808, de 2012) –ello, salvo que al servidor respectivo le sea atribuida la calidad de agente público²⁹–. Atendida dicha regulación, los servidores a honorarios no tienen la calidad de funcionarios públicos, se rigen por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les son aplicables las disposiciones de los referidos estatutos (CGR. Dictámenes N°s. 48.505, de 2006; 84.075, de 2014; y, 18.433, de 2018).

A su turno, conforme al artículo 1° de la LBCA, el contrato de prestación de servicios se define como aquel que celebra la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, es decir, los concernientes a su gestión interna.

En atención a la naturaleza de dichos acuerdos, no podrá la Administración del Estado suscribir contratos que signifiquen la ejecución de acciones o, en lo que interesa, la prestación de los servicios que la ley le ha encomendado, esto es, su externalización. Así lo ha concluido la CGR que, en sus dictámenes

²⁹ De acuerdo a la jurisprudencia administrativa, la contratación de servidores a honorarios bajo la calidad de agente público consiste en una modalidad especial, autorizada por el ordenamiento jurídico, en cuya virtud aquellos deben ser considerados funcionarios públicos solo en orden a que puede hacerse efectiva la responsabilidad administrativa que es propia de estos últimos. Así también, atendido el carácter de servidores estatales que les reconoce la misma jurisprudencia, les resultarán aplicables las normas que consagran y resguardan el principio de probidad administrativa. (CGR. Dictámenes N°s. 129, de 2004; 16.360, de 2010; 67.617, de 2010; 25.132, de 2017; 41.226, de 2017; 474, de 2018; y, 5.543, de 2018).

N^os. 59.540, de 2003, y 19.343, de 2005³⁰, ha manifestado, por una parte, que no resulta aplicable dicho cuerpo legal a los contratos de encomendamiento de funciones por ser de una naturaleza distinta y, por otra, que no es posible traspasar a terceras entidades el ejercicio de las funciones que deben por ser ejercidas directamente por aquella.

Como se observa, es común a las regulaciones enunciadas que los servicios que se contratan deban referirse a la ejecución de actividades accidentales o complementarias que permitan el desarrollo de las competencias del organismo contratante y no al ejercicio de las funciones que el legislador le ha encomendado, como sería la gestión de servicio público.

Lo anterior, se debe recordar, por cuanto el artículo 37 de la LOCBGAE faculta a los servicios públicos para encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, previa autorización otorgada por ley. Así, según Pallavicini Magnère (2012), la autorización a que se refiere dicho precepto, acorde a los principios del derecho administrativo, solo puede recaer en actividades correspondientes al desarrollo de las funciones propias que la ley ha radicado en aquellos, ya que de lo contrario se entregaría competencia a los particulares para desarrollar labores que el ente público está legalmente obligado a cumplir, las que conforme al artículo 60 N^o 14, en relación con el artículo 60 N^o 2, ambos de la CPR, solo pueden determinarse por vía legal (p.405).

Pues bien, dicha habilitación se encuentra en el decreto con fuerza de ley N^o 1, de 2005, del Ministerio de Salud, cuyo artículo 23, letra i), faculta a los directores de los Servicios de Salud para celebrar convenios

[...] en general, con toda clase de personas naturales o jurídicas, a fin de que tomen a su cargo, por cuenta del Servicio, algunas acciones de salud que a éste correspondan por la

³⁰ Mediante este oficio la CGR representó una resolución mediante el cual el Servicio Nacional del Consumidor aprobó las bases de una licitación pública para la contratación de un servicio regular y permanente de "Atención Telefónica de casos de Canal Telefónico y el alojamiento y administración del Workflow", por cuanto los documentos licitatorios se referían a la contratación de un servicio telefónico cuyos operadores –suministrados por el adjudicatario–, atenderán los llamados de los administrados y, sobre la base de sus relatos, determinarán si sus planteamientos constituyen una consulta, un reclamo o un caso que deba ser objeto de acción judicial por parte del Servicio. En ese sentido, concluye dicho oficio que “la tarea asignada a los operadores telefónicos respectivos implica el ejercicio parcial de funciones que el artículo 58 de Ley N^o 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, encomienda precisamente a esa repartición estatal -relativas a velar por el cumplimiento de las disposiciones de esa ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor-, las cuales deben por tanto ser ejercidas directamente por la misma y no pueden ser traspasadas a terceras entidades, máxime en cuanto las aludidas acciones no pueden considerarse como de mero apoyo o complemento de las labores propias del Servicio Público de que se trata, puesto que los ya mencionados operadores tomarán decisiones con la finalidad de clasificar la naturaleza de los hechos descritos por los administrados, e informarán a los mismos acerca de las soluciones previstas a su respecto por el ordenamiento jurídico, o bien derivarán la consulta, en base al juicio que tales particulares se han formado sobre el asunto, a otra oficina del Servicio o a otra entidad”.

vía de la delegación o de otras modalidades de gestión, previa calificación de la suficiencia técnica para realizar dichas acciones. Los Servicios podrán pagar las prestaciones en que sean sustituidos por acciones realizadas, mediante el traspaso de los fondos presupuestarios correspondientes u otras formas de contraprestación.

En tanto, el artículo 36, letras g) y j), relativo a los establecimientos de salud autogestionados, faculta a sus directores para “Celebrar contratos de compra de servicios de cualquier naturaleza, con personas naturales o jurídicas, para el desempeño de todo tipo de tareas o funciones, generales o específicas, aun cuando sean propias o habituales del Establecimiento” y “Celebrar convenios regidos por el decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud”, respectivamente.

Dichas contrataciones se regulan por el citado decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, que aprueba normas que se aplicarán en los convenios que celebren los Servicios de Salud, y, cuando consisten en la entrega de la prestación de salud convenida a cambio de una contraprestación en dinero, comúnmente se denominan “compra de servicios”. Los acuerdos a que se refiere ese cuerpo normativo se definen en su artículo 2° como

[...] aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a este en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste, sin perjuicio de la atención que podrá prestarse a otras personas conforme al convenio y de acuerdo a las normas que rigen al Servicio.

La naturaleza de ser un contrato de prestación de servicios ha sido reconocida por la CGR, la que ha señalado que, cuando se suscriban con privados, deben sujetarse a las normas de la LBCA pues, como indica el dictamen N° 51.081, de 2006, las especificidades del mismo no alteran su naturaleza jurídica, la que está

[...] constituida esencialmente por la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre partes diversas, destinado a la creación de obligaciones y derechos, esto es, por la existencia de un contrato, el cual se caracteriza por ser bilateral y oneroso, toda vez que, respectivamente, los derechos y obligaciones que genera son recíprocos o interdependientes, y su conclusión reporta utilidad o provecho para ambas partes. A continuación, corresponde agregar que el objeto de las prestaciones a que dan lugar

consiste en una obligación de hacer de carácter inmaterial, por cuanto la persona o entidad contratante se compromete, en su virtud, al cumplimiento de las labores profesionales y técnicas, pertenecientes al ámbito de la salud, cuya descripción debe constar en las cláusulas pertinentes; lo cual implica, en definitiva, la prestación de un servicio en favor de la entidad pública respectiva, a lo cual cabe agregar que, en este contexto, el término ‘servicio’ debe ser entendido en el sentido que le otorga la acepción correspondiente del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, de conformidad con la cual ‘servicio es una ‘prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales’³¹.

1.2.3 Algunas consideraciones generales sobre la prestación de servicios públicos a través de privados

La decisión de gestionar indirectamente, a través de privados, la prestación de un servicio público, conlleva una serie de efectos, tanto para la Administración Pública como para el prestador, los que derivarán del marco normativo especial y del instrumento que constituya su relación jurídica.

Luego, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que deriven del estatuto particular, se aprecian, además, otras consecuencias que impactan en términos generales en el sistema administrativo, algunas de las que se enuncian a continuación.

a) Deber general de velar por la correcta ejecución del servicio público

La entrega a terceros de la gestión de un servicio público no debe llevar a la conclusión de que existe en dicha fórmula un desprendimiento de la función estatal sobre la labor traspasada o en cuya gestión coadyuva un privado, pues la Administración conservará facultades y prerrogativas a través de las que mantiene las potestades que se reconocen para su correcto ejercicio.

Lo anterior, atendido que el servicio público conlleva en sí mismo, con independencia de la formalidad que para ello se exija, el reconocimiento de un interés general comprometido respecto de cuya satisfacción el Estado resuelve intervenir. En efecto, la utilización de las técnicas de gestión

³¹ Criterio aplicado, entre otros, en los dictámenes N°s. 42.616, de 2008; y, 83.217, 2014,

indirecta o colaboración no implican una mengua en sus poderes de dirección y control de la actividad, la cual, en último término, siempre puede recuperarse mediante la retirada de la confianza (García de Enterría y Fernández, 2008 p.435) –manifestada, por ejemplo, través de la terminación anticipada del acuerdo o la no renovación de su financiamiento– o la sustitución de los términos contractuales para el caso que varíen las circunstancias que lo motivaron.

Incluso a propósito de la concesión, Aróstica Maldonado (2016) señala que esta no puede tener por objeto el traspaso al sector privado de las atribuciones que se radican por ley en los órganos administrativos ni implica la sustitución de los mismos, de manera que estos conservan sus potestades normativas para organizar y controlar la ejecución del servicio, manteniendo un poder de dirección y de supervigilancia sobre el concesionario (pp.149-150). Ello, por cuanto su causa consiste en la existencia de una necesidad de carácter general que debe ser satisfecha por el Estado o por un particular por encargo del aquél, prevaleciendo el interés colectivo por sobre la especulación individual, lo que implica que la naturaleza jurídica del servicio u obra concesionada continuará siendo de titularidad estatal (Aróstica Maldonado, 2016, p.313).

De la misma manera, sobre la situación del concesionario, Bermúdez Soto (2011) señala que su principal obligación es asegurar la continuidad en el funcionamiento del servicio y otorgarlo en condiciones de igualdad. Como contrapartida, el autor añade que con el objeto de asegurar una adecuada prestación, la Administración pondrá a su disposición un conjunto de medios materiales o jurídicos para hacer funcionar el servicio, como por ejemplo, bienes de dominio público y una serie de privilegios exorbitantes, como el monopolio del mismo (Bermúdez Soto, 2011, pp.265-266).

Como se observa, las diversas fórmulas de gestión indirecta deben contemplar los mecanismos a través de los que la Administración Pública cumpla, ya no con la prestación del servicio público, sino con la garantía de aquella. Así, al privado le corresponde, al igual que lo haría la Administración si se tratase de su gestión, asegurar que aquel se otorgue de manera continua, regular, uniforme, permanente y universal³². Estos deberes que, junto a otros, se traspasan al particular, también implican un reconocimiento a la obligación de la Administración de velar por su cumplimiento y, por ende, justifican

³² En ese sentido, el artículo 23 del decreto N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, prescribe sobre la concesión que “El régimen jurídico durante la fase de explotación, será el siguiente: 1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y 2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a: a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio”.

el correlativo poder público (Moraga Klenner, 2010, p.482) que le permite intervenir en la gestión del mismo, en todo cuanto diga relación con su correcta ejecución.

En dicho sentido, Ramió (2009) señala que las múltiples formas de colaboración dan contenido a la “gobernanza relacional”, la que implica transformar la Administración de forma tal que abandone su diseño tradicional y sea capaz de trabajar en red, en la que todos los actores puedan y deban contribuir a proporcionar valor público, pero donde las responsabilidades no son simétricas y las instituciones públicas asuman su papel de liderazgo (p.20) .

Para ello, y siendo la contratación administrativa el principal instrumento formal mediante el que se constituye la gestión indirecta de servicio público, se deben tener presente, además de las facultades que se reconocen en cada pacto en particular, que existen principios que la rigen y facultades de que ha sido dotado el órgano contratante³³, los que se aplicarán en la ejecución del acuerdo de que se trate.

b) Extensión del concepto de Administración Pública

Si bien desde una perspectiva funcional podría suponerse una disminución del tamaño de la Administración Pública, en cuanto transfiere la ejecución de ciertas acciones al privado, desde una visión orgánica es posible concebir una extensión en su fisonomía estructural, en tanto lo incorpora a la red de prestadores del servicio público.

Ello no implica que a quien se le encarga la gestión del servicio pueda ser considerado como parte integrante de ella, pero podría suponerse su incorporación en la denominada “Administración invisible”, término acuñado respecto de aquellas entidades privadas, como empresas, corporaciones y fundaciones, en que el Estado participa o tiene representación mayoritaria, que por el giro u objeto que desempeñan se entiende que ejercen función pública. Así, en términos amplios, esto podría admitirse como una nueva dimensión respecto de los entes privados que gestionan el servicio público que se les ha encomendado, en tanto mediante ellos se satisfacen necesidades públicas.

³³ Son las denominadas cláusulas exorbitantes, las que, como señala Moraga Klenner, encuentran su justificación en el interés público comprometido en los contratos que la Administración celebra y por el que debe velar. Se apuntan como tales la autotutela decisoria y ejecutiva y los poderes de dirección, control y fiscalización, de interpretación unilateral, modificación y término unilateral del contrato y sancionatorio. Véase en Bermúdez Soto, 2011, pp.225-230; Moraga Klenner 2010, pp.477-501.

A su turno, señala Bermúdez Soto (2011) que la disminución funcional, además, es solo en apariencia, por cuanto el Estado deberá, al hacer abandono de la actividad, asumir nuevas funciones en orden ya no a otorgar la prestación de que se trate, sino a garantizar la misma, es decir, que el servicio sea prestado respetando los estándares mínimos exigibles (pp.263-264).

CAPÍTULO II

LA SUBVENCIÓN

El presente capítulo comienza con una referencia a la actividad de fomento, por cuanto en ella tradicionalmente se fundamenta el origen y análisis de la subvención. Al respecto, se consignarán las conceptualizaciones que se han esgrimido así como sus características y la enunciación de los instrumentos a través de los que se ejerce.

De la subvención, se desarrollarán su concepto y sus elementos –objeto, sujetos y finalidad–, algunos aspectos de la relación jurídica a que da origen entre otorgante y receptor y el tratamiento jurídico-presupuestario que la contempla.

Finalmente, es necesario aclarar que este apartado no pretende responder los planteamientos que surgen en torno a la subvención y que profusamente se tratan en parte de la literatura que a continuación se cita, tales como su naturaleza jurídica o la amplitud o restricción con que debe referirse a su concepto, sino más bien lograr un entendimiento de la misma, que permita comprender su configuración a propósito de la hipótesis que este trabajo plantea.

2.1 La actividad de fomento

2.1.1 Concepto y principios reguladores

De acuerdo a la RAE (2014c) fomentar es, entre otras acepciones, “Excitar, promover, impulsar o proteger algo”. En relación a ese concepto, la actividad de fomento del Estado es aquella por la que este pretende promover o impulsar una determinada actuación que es llevada a cabo por privados, ajenos a la estructura orgánica administrativa, a través de distintos incentivos o reconocimientos.

Según Bermúdez Soto (2011) la actividad de fomento

Corresponde a aquella actividad de la Administración del Estado que consiste en la entrega de incentivos por parte de ésta a los particulares, para fomentar el desarrollo de

una determinada actividad o prestación, que se considera de interés para la comunidad y que es realizada por ellos. (p.297)

Indica Camacho Céspedes (2010) que en el fomento “están incluidas todas las medidas mediante las cuales el poder público (nacional, regional o local), por sí mismo o por la acción de terceros, mediata o inmediatamente, global o parcialmente, busca lograr un determinado fin o comportamiento” (p.363).

Avanzando en el análisis doctrinal, De la Riva (2004) –siguiendo a Martínez López-Muñiz–, engloba a los medios de fomento bajo el concepto de “ayudas públicas”, definiendo esta como la

[...] actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados. (pp.122-123)

De los referidos conceptos se desprende –a diferencia de la noción tradicional de servicio público que se identifica plenamente con el órgano administrativo–, que existe en la actividad de fomento un reconocimiento a la libre iniciativa de los privados, quienes pueden decidir llevar a cabo o no una determinada actividad³⁴. Así, para incentivar que efectivamente esta se desarrolle, por involucrar un interés que la Administración ha considerado como público, es que utiliza diversas herramientas de intervención que tienden a su promoción.

Sumado a lo anterior, Camacho Céspedes (2010) señala que la actividad de fomento se complementa con la función de dirección de la vida en sociedad que desarrolla el Estado, con la finalidad última del bien común y, para ello, facilita y colabora en la consecución de los fines específicos de los grupos intermedios, a efectos que la concreción de los mismos impliquen, a su vez, un aporte al interés general mediante la satisfacción de necesidades públicas (p.365).

Asimismo, al tratar la participación ciudadana en la función administrativa, García de Enterría y Fernández (2011) se refieren a las “fórmulas cooperativas de participación”, las que, según indican, se

³⁴ En la legislación chilena el reconocimiento de los grupos intermedios y de su libre iniciativa se garantiza en el artículo 1º, inciso tercero, de la CPR, conforme al cual “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” y en su artículo 19, N° 21, mediante el que se asegura “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

caracterizan en que el administrado no se integra a la organización pública, sino que desarrolla una actividad como sujeto privado, la que es considerada conveniente por la Administración a los intereses que ella representa y gestiona. De esta manera, añaden, se trata de una colaboración voluntaria en programas o actividades que la Administración patrocina o promueve, creando estímulos o beneficios para inducir, por vía indirecta, al resultado más conveniente al interés general (García de Enterría y Fernández, 2011, pp.95-96). Con dicho postulado, como se observa, los autores incluyen al fomento como una actividad de colaboración.

En la misma línea mencionan los autores la “participación institucionalizada”, ejercida a través de la creación de organizaciones con fines de interés general que son reconocidas como tales por la Administración, asociándose a ello la atribución de determinados beneficios y, como contrapartida, cierta intervención o inspección administrativa, entre las que mencionan a las “asociaciones de utilidad pública”, como por ejemplo aquellas de protección a la infancia (García de Enterría y Fernández, 2011, p.97).

En la legislación chilena, el fundamento normativo de la actividad de fomento se encuentra en el artículo 1º, inciso cuarto, de la CPR, conforme al cual

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Lo anterior se traduce en que el aparato público, además de ocuparse de sus funciones básicas, no permanece indiferente frente al desarrollo de los ciudadanos con que se relaciona, debiendo intervenir para que estos se integren de manera óptima en el objetivo de bien común que se pretende alcanzar, el que solo será posible en la medida que, como prescribe la disposición constitucional, cuenten con las garantías que les permitan optar a su mayor realización.

En nuestro país, como plantean Camacho Céspedes (2010) y García Machmar (2011), primeramente dicha promoción se liga al fomento de la actividad económica y de la producción industrial, por ejemplo a través de la CORFO, y al área educacional con el objetivo de impulsar la cobertura del sistema escolar (pp.368-376 y 72-107, respectivamente).

Luego, el aumento de las demandas en los asuntos en los que se requiere la intervención del Estado, sin que este cuente con los medios necesarios para avocarse de manera directa a la satisfacción de todos ellos, ha generado que recurra –de manera cada vez más frecuente y abarcando un mayor espectro de ámbitos sociales–, a los mecanismos de fomento para lograr su atención, actuando mediante el direccionamiento de la actividad particular hacia la consecución de ciertos fines públicos que asume como relevantes para el interés general, principalmente relacionados con la asistencia social y la garantía de un estándar mínimo de bienestar.

Es este avance en la actividad de fomento el que permite que la misma pueda ser concebida también desde una perspectiva amplia de servicio público. En efecto, por regla general aquella es considerada como el otorgamiento a un particular de un beneficio –honorífico, jurídico o material–, que, en el caso concreto, altera la posición de similitud que tiene con sus pares. Ello, desde la premura de la lectura y lo arraigado que se espera que una sociedad garantice el principio de igualdad, puede ser resentido desde la visión económica ya que, como señala Camacho Céspedes (2010), el modelo de libre mercado contiene a la referida máxima como uno de sus pilares básicos, de manera que el otorgamiento de ayudas públicas quiebra la competencia que se supone debe existir en condiciones de igualdad (p.381).

Sin embargo, el nuevo tratamiento con que se propone observar la promoción estatal, que no reemplaza al primero sino que lo complementa, hace posible una segunda orientación para la actividad de fomento, vinculada al incentivo de actividades o al otorgamiento de prestaciones que tiendan a la nivelación de aquellos ámbitos en que, precisamente, existe desigualdad.

Lo anterior se vincula con el principio de subsidiariedad, pues este, además de contemplar una fase negativa o de abstención del actuar del Estado en reconocimiento de la autonomía de las personas y los grupos intermedios, comprende una positiva o activa³⁵. Esta vertiente, con origen en la doctrina católica, de acuerdo a Loo Gutiérrez (2009) se formula en base a dos postulados: “una pretensión de delimitación (y ya no de mera limitación) del ejercicio del poder del Estado y la correlativa protección de la dignidad del individuo y, sobre todo, de los cuerpos intermedios y su iniciativa” (p.400). Conforme a ello, prosigue el autor, el Estado se encuentra legitimado a actuar en aquellos casos que, por la naturaleza y la dimensión de las tareas, el individuo o las comunidades no sean capaces de afrontarlas, como asimismo –en relación con el punto que interesa–, transformando en un deber la provisión de ayuda

³⁵ Ambas han sido reconocidas por el TC (STC, Rol N° 1.295, 2008, considerando 58°).

a quienes sean incapaces de hacer frente a sus carencias, siendo esta una intervención pública que se justifica en el deber de solidaridad (Loo Gutiérrez, 2009, p.400).

En el mismo sentido, De la Riva (2004) señala que ante la existencia de particulares y entidades menores que no estén en condiciones de valerse por sí solos para alcanzar sus fines, se requiere, en última instancia, al Estado para “suplir las carencias o insuficiencias, sean éstas imputables o no a los sujetos afectados por ellas” (p.80).

De acuerdo a lo expuesto, y según el análisis efectuado por Loo Gutiérrez (2009)

[...] el núcleo esencial del principio de subsidiariedad, de acuerdo con la doctrina social de la Iglesia, consiste, en primer lugar, en el deber de respeto por parte del Estado (lo público) de la libertad y la iniciativa de los particulares (lo privado) y de las comunidades que surgen al interior de la sociedad (los cuerpos intermedios); en segundo término, que el Estado no debe realizar aquellas actividades que estas comunidades intermedias son capaces de llevar adelante, y finalmente que, si se detecta la insuficiencia de las comunidades intermedias para la satisfacción de una necesidad socialmente relevante - es decir, que puede ser considerada como una cuestión de carácter público- debe ser el Estado quien asuma su ejecución. (p.421)

Concordante con ello, De la Riva (2004) expresa que

[...] existen razones de conveniencia que avalan la vigencia del principio de subsidiariedad, como es la presunción de que quienes en mejores condiciones se encuentran para desarrollar una tarea son quienes están directamente involucrados en ella y por ende mayormente interesados en su éxito, o, en el extremo opuesto, de que ciertos objetivos sólo pueden alcanzarse con el auxilio de estructuras más amplias. (p.81)

Los referidos análisis permiten asentar que la actividad de fomento, en especial aquella que se ejerce a través de la subvención, además de incentivo a la industria u otros de carácter económico, puede tener como fundamento la asistencia social enfocada en la protección de grupos de riesgo y el restablecimiento de derechos vulnerados a través de acción del Estado.

En ese sentido, para Quintana Benavides (2014) la vertiente positiva del principio de subsidiariedad se traduce en un deber de acción o de intervención, sea esta directa o indirecta, precisando que “la ‘acción indirecta’ se traduce primordialmente en una función de fomento o de promoción; mientras que la ‘acción directa’ se hace efectiva mediante una transferencia de bienes, en la producción de bienes o en la prestación de servicios” (p.127).

Otros principios que han de considerarse en el desarrollo de la actividad de fomento y que, como señalan Camacho Cépeda y García Machmar ³⁶, la misma CPR establece como relevantes en cuanto a su ordenación, son los de legalidad, de igualdad y de publicidad y transparencia.

Sobre el primero, ya que como toda actividad estatal debe contar con un marco jurídico que le otorgue competencia a la entidad pública que la ejecutará y fije las regulaciones en cuya virtud se ejercerá. Como se viera, el artículo 7° de la Carta Fundamental consigna los parámetros de la actuación válida de la Administración del Estado.

En particular en esta materia cobrará importancia la proyección financiera del principio de legalidad o el “principio de legalidad del gasto público”. Sobre él, De la Riva (2004) expone que el acto subvencional debe contar con un doble respaldo jurídico, el sustancial y el presupuestario (p.225).

También contiene la CPR una serie de preceptos que ponen de relieve el cumplimiento del principio de igualdad.

En lo relativo a las ayudas públicas, De la Riva (2004) reconoce que su otorgamiento importa necesariamente beneficiar a quien la recibe por encima del resto de los particulares, lo que en sí mismo constituye una forma de discriminación, exigiéndose de los poderes públicos la presencia de una razón que lo justifique, como lo es la necesidad de facilitar los medios para que quienes se encuentran peor posicionados puedan acceder a condiciones de vida digna (p.201).

Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de fundamentar un trato desigual, cabe hacer presente que la igualdad no se entiende en un sentido objetivo sino, como lo ha reiterado el TC, en el de otorgar

³⁶ Véase Camacho Cépeda, 2010, pp.381-384; García Machmar, 2011, pp.173-206.

[...] un trato igual para quienes están en idénticas condiciones y uno distinto para quienes se hallan en diversas posiciones. De esta forma, y como ha señalado esta Magistratura, no todas las diferencias se encuentran proscritas constitucionalmente, sino que lo están aquéllas que son arbitrarias o carentes de razonabilidad. (STC, Rol N° 4.317, 2018, considerando 79°).

Luego, en lo relacionado con la actividad de que se trata, las garantías contenidas en el artículo 19 N°s. 2, 20 y 22³⁷ de la CPR constituyen la limitante constitucional en orden a impedir que las medidas de fomento alteren la igualdad jurídica del área o ámbito en que influirá, sometiendo dicha diferenciación a una reserva legal. En efecto, el TC ha señalado que la actividad de fomento es una de aquellas razones que, cumpliendo con los requisitos que fija la Carta Fundamental, autorizan al Estado a establecer ciertos tratos especiales a favor o en perjuicio de alguna área o sector de la economía (STC, Rol N° 1.295, 2008, considerando 88°).

Finalmente, el principio de publicidad, consagrado en el artículo 8°, inciso segundo³⁸, de la CPR, y regulado en la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

Sobre la materia, Pallavicini Magnère (2015) señala que

[...] la transparencia presupuestaria permite el control de la gestión financiera que llevan a cabo los integrantes del Sector Público, hace posible identificar si los gastos se están realizando en el momento que la ley que los autorizó (esto es, si las prestaciones que los órganos públicos se comprometieron a realizar con los caudales que les fueron

³⁷ “La Constitución asegura a todas las personas [...] N° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias [...] N° 20 La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo [...] N° 22 La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

³⁸ “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

concedidos se están entregando en la oportunidad en que la gente los necesita) y si ellos se están practicando en conformidad con la legislación que rige la actividad financiera. (p.116)

En particular sobre las ayudas públicas y las subvenciones, tanto De la Riva (2004) como García Machmar (2011) observan que el principio de publicidad garantiza, a su vez, la igualdad en el acceso a las mismas, posibilitando además que quienes se sientan vulnerados en su trato puedan recurrir respecto de las decisiones relativas a su otorgamiento y aplicación (pp.226 y 197, respectivamente). Por ello, para García Machmar (2011) la publicidad ha de manifestarse en dos fases: en forma previa, en relación con las convocatorias, y en forma posterior³⁹, sobre los beneficiarios y montos de la subvención (pp.197-198).

2.1.2 Características

Recapitulando lo indicado, se señalan como características de la actividad de fomento las siguientes⁴⁰ :

- i) Es un título de intervención de la Administración del Estado.
- ii) Se configura a través de elementos negativos y positivos. En relación con los primeros, no utiliza coacción ni crea servicios públicos a los que se atribuya la titularidad de la acción y, sobre los segundos, consiste en un ofrecimiento de ventajas que amplían la esfera subjetiva del particular o, como señala Bermúdez Soto (2011), que actúa mediante una intervención positiva en el patrimonio de los administrados.

³⁹ Al respecto, el artículo primero de la ley N° 20.285, que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contempla obligaciones específicas que pueden asociarse a la actividad de fomento. Por ejemplo, el artículo 5°, inciso segundo, indica que “[...] es pública la información elaborada con presupuesto público” y luego, en razón de ello, su artículo 7° –ubicado en el Título III De la Transparencia Activa–, dispone que los órganos de la Administración del Estado a que se refiere deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, actualizados al menos una vez al mes, entre otros antecedentes, aquellos consignados en su letra f) sobre “Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios” e i) sobre “El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución”. En lo que interesa, además, su inciso final señala que “En el caso de la información indicada en la letra f) anterior, tratándose de transferencias reguladas por la ley N° 19.862, cada institución incluirá, en su sitio electrónico institucional, los registros a que obliga dicha ley”.

⁴⁰ Véase Camacho Céspedes, 2010, p.364; Bermúdez Soto, 2011, pp.297-298.

- iii) Su destinatario es un particular. No obstante, ello puede ser considerado como regla general, ya que a propósito de las subvenciones se discute si pueden ser concedidas a un ente público.
- iv) Relacionado con lo anterior, su eficacia es dependiente, ya que requiere de la colaboración del particular para su ejecución.
- v) Tiene un carácter teleológico vinculado con el interés público comprometido, por cuanto busca que los particulares desarrollen una acción determinada y, a través de ella, satisfacer necesidades de interés general. Al respecto, precisa De la Riva (2004) que la actividad a que se afecta la ayuda pública es parte de su estructura, más no el fin que con ella se persigue. Es decir, el carácter teleológico no se cumple con la realización de la actividad en sí, sino con el interés general comprometido en su otorgamiento, lo que en sus palabras equivale a decir que “el interés general se alcanzará por obra de la actividad a la que se afectó la ayuda pero con independencia de la intencionalidad con que actúe quien la realiza” (p.124).

2.1.3 Instrumentos de fomento

La clasificación tradicional de los medios de fomento se formula de acuerdo al objeto del incentivo, conforme al cual aquellos pueden ser honoríficos, jurídicos o económicos⁴¹.

- i) Medios honoríficos: consistentes en estímulos psicológicos, principalmente ligados al reconocimiento público por la actuación que una persona realiza, a través, por ejemplo, de condecoraciones, diplomas, entre otros, como ocurre con el otorgamiento de los Premios Nacionales⁴².

⁴¹ Véase Camacho Céspedes, 2010, pp.377-381; Bermúdez Soto, 2011, pp.298-300.

⁴² El artículo 1º de la ley N° 19.169, que Establece Normas sobre Otorgamiento de Premios Nacionales, crea los Premios Nacionales de Literatura; Periodismo; Ciencias Exactas; Ciencias Naturales; Ciencias Aplicadas y Tecnológicas; Historia; Ciencias de la Educación; Artes Plásticas; Artes Musicales; Artes de la Representación y Audiovisuales, y de Humanidades y Ciencias Sociales, dispone que están “destinados a reconocer la obra de chilenos que por su excelencia, creatividad, aporte trascendente a la cultura nacional y al desarrollo de dichos campos y áreas del saber y de las artes, se hagan acreedores a estos galardones [...] En forma excepcional, igual galardón podrá ser otorgado a una personalidad extranjera de larga residencia en Chile y cuya obra científica o creativa se haya desarrollado en el país y signifique un aporte de excelencia y relevancia a la ciencia, la cultura o el arte nacionales”.

- ii) Medios jurídicos: aquellos actos de la Administración que benefician o amplían el estatuto jurídico del particular y lo ubican en posición de privilegio. Señala De la Riva (2004) que se traducen en la “atribución de una posición privilegiada que, de modo indirecto, representa ventajas económicas o de seguridad” (p.111), como por ejemplo aquella establecida para la microempresa familiar⁴³.
- iii) Medios económicos: referentes a aquellas medidas que inciden en el patrimonio de quien realiza la actividad y pueden consistir en una exención de un pago obligatorio o en el otorgamiento de ayudas materiales o financieras para que aquella se ejecute. Estas últimas contemplan modalidades crediticias –como acceso a crédito o a garantías especiales–, o económicos en general –como la subvención⁴⁴ o el financiamiento de ciertas inversiones–.

El TC ha recogido dicha clasificación –aunque sin aludir directamente a la actividad de fomento–, señalando que los beneficios que el Estado puede otorgar, fijando diferencias autorizadas por el artículo 19, N° 22, de la CPR, consisten en “ayudas, en dinero o de otra forma, que el Estado entrega a uno o más particulares, con o sin obligación de reembolso”, las que pueden ser honoríficas o económicas. Sobre estas últimas añade que

Los beneficios económicos pueden ser ‘directos o indirectos’. En los directos, se transfieren recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público. Así sucede, por ejemplo, cuando el Estado entrega una subvención, es decir, una transferencia en dinero, sin obligación de reembolso, para obtener el desarrollo de una actividad económica (por ejemplo, el financiamiento de una película), o un subsidio, esto es, una transferencia en dinero sin obligación de reembolso para ayudar a personas o grupos de escasos recursos (por ejemplo, una beca de estudios). También cabe aquí el crédito público, en que hay una transferencia de recursos, pero con obligación de reembolso, y en condiciones más favorables que las que puedan existir en el mercado (por ejemplo, el crédito fiscal) [...] En los beneficios indirectos o franquicias, por su

⁴³ El artículo 26, inciso segundo, del decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, señala que “Se entenderá por microempresa familiar aquella que reúna los siguientes requisitos: a) Que la actividad económica que constituya su giro se ejerza en la casa habitación familiar; b) Que en ella no laboren más de cinco trabajadores extraños a la familia, y c) Que sus activos productivos, sin considerar el valor del inmueble en que funciona, no excedan las 1.000 unidades de fomento”. Sobre el estatuto jurídico que fija esa preceptiva, la jurisprudencia administrativa ha concluido que “la microempresa familiar está concebida como un beneficio para quienes, contando con recursos limitados, ejerzan una actividad económica lícita, que no sea peligrosa, contaminante o molesta, exceptuándola de las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial y de algunas autorizaciones previas de tipo sanitario y otras que contemplen las leyes” (CGR. Dictámenes N°s. 36.377, de 2004; 58.379, de 2008; y, 14.991, de 2017).

⁴⁴ En esta categoría se encuentra la subvención que regula la ley N° 20.032.

parte, el Estado deja de cobrar cierta cantidad de dinero. (STC, Rol N° 1.295, 2008, considerando 90°)

Otra distinción supone considerar la oportunidad de su otorgamiento, que puede ser previo a la actividad que se incentiva, concurrente con ella o posterior (Camacho Céspedes, 2010, p.377).

En el catálogo de medidas de fomento, interesa en particular el estudio de la subvención, que, como se viera, consiste en un medio económico que puede ser otorgado *ex ante*, anticipo, o *ex post*, reembolso, como un incentivo para el desarrollo de una determinada actividad, a través de la cual el Estado busca alcanzar una finalidad de interés general, como se revisará a continuación.

2.2 La subvención

Sin perjuicio del análisis que se expondrá, desde la perspectiva que presenta este trabajo la subvención será examinada como una transferencia de recursos, la que, a su vez, es una modalidad de gasto público. Específicamente, corresponde a un tipo de egreso considerando en la LPSP, es decir, un instrumento de asignación de recursos públicos que se otorgan para el desarrollo de una actividad determinada, por involucrar esta un interés público calificado como relevante de alcanzar.

2.2.1 Concepto y naturaleza jurídica

La RAE (2014d) la contempla, en su segundo significado, como aquella “Ayuda económica que se da a una persona o institución para que realice una actividad considerada de interés general”. Como se observa, ya la acepción del término la sitúa en los examinados parámetros de la actividad de fomento.

Desde la doctrina varias conceptualizaciones se han plasmado a propósito de la subvención.

Al respecto, García Machmar (2011) indica que es posible distinguir un concepto amplio y otro restringido. La concepción amplia, señala, refiere a “todo beneficio económico percibido de la Administración con objeto de fomentar o impulsar determinadas actuaciones que pueden considerarse de interés general” (p.110).

Para Soto Kloss (1963), de un modo general, la subvención es toda ayuda que se otorga para un fin determinado, de manera que aquella de carácter estatal “dice relación con la ayuda para tener un fin público” (p.15).

En la misma línea se encuentra la definición que entrega Camacho Céspedes (2010), para quien la subvención comprende

[...] todos aquellos incentivos económicos que conceden ayudas materiales, financieras, crediticias o tributarias, con cargo a trasposos gratuitos de fondos públicos que de modo directo determinan la percepción de una cantidad, la dispensa de un pago obligatorio o un beneficio específico de carácter patrimonial, con lo cual inciden favorablemente en la situación patrimonial de las personas beneficiarias. (p.387)

Conforme las definiciones expuestas, el carácter amplio del concepto viene dado por la extensión de medidas económicas o financieras que se atribuyen a la subvención⁴⁵. Así también lo entiende el TC que, sin perjuicio de pronunciarse sobre subvenciones que consisten en transferencias de recursos –aquellas contempladas en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos⁴⁶, las ha definido como el “beneficio económico que el Estado otorga a los establecimientos de enseñanza que cumplen las exigencias previstas en la normativa legal respectiva” (STC, Rol N° 410, 2004, considerando 19° y Rol N° 771, 2007, considerando 7°).

⁴⁵ En el ámbito internacional, también la subvención es entendida conforme a estos caracteres, siendo su principal instrumento regulador el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias –suscrito en el marco del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles de 1994 o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), adoptado por Chile en virtud del decreto N° 16, de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores–, que en su artículo 1° señala que “1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención: a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo ‘gobierno’), es decir: i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales); iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes; iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y a) 2) b) con ello se otorgue un beneficio”.

⁴⁶ Su artículo 1°, inciso segundo, dispone que “El financiamiento estatal a través de la subvención que regula la presente ley, tiene por finalidad asegurar a todas las personas el ejercicio del derecho a una educación de calidad, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de la República y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en especial aquellos que versen sobre los derechos de los niños”.

A su turno, sobre la que García Machmar (2011) reconoce como la doctrina mayoritaria⁴⁷, la concepción restringida entiende la subvención como “toda transferencia patrimonial no devolutiva, realizada por la Administración a favor de un particular, vinculada a la realización por éste de una conducta calificada de interés público” (p.115).

En igual sentido, Bermúdez Soto (2011) señala que la subvención es “el aporte que otorga la Administración a fondo perdido, para que el particular desarrolle una actividad o prestación determinada” (p.300).

Así, la diferencia entre ambas concepciones radica en el objeto que se entiende puede ser considerado como subvención, sea, para el primero de los casos, cualquier beneficio económico o financiero o; en el segundo, solo aquellos que consisten en una transferencia o atribución patrimonial, descartando que sean subvención las exenciones fiscales o ciertas figuras crediticias (Fernández Farreres, 1983, pp.119-122).

Sin perjuicio de distinguir ambas categorías, la dificultad de concebir un concepto único radica precisamente en la amplitud de figuras que se estima la subvención puede comprender y, como añade García Machmar (2011), en que la técnica subvencional es utilizada más allá de la actividad de fomento, como ocurre con la colaboración interadministrativa o de suplemento presupuestario de los órganos administrativos (p.113).

A lo anterior, debe agregarse que en el ordenamiento jurídico nacional no existe una definición general al respecto⁴⁸, sino que normas dispersas se refieren a ella en relación a las diversas materias que regulan.

⁴⁷ A ella también accede el autor considerando el tratamiento que prescribe el derecho nacional, en el que, según indica, prima la estructura jurídica de la subvención –en particular en lo relativo a las potestades de la Administración para asegurar la aplicación de los fondos al interés público comprometido–, añadiendo que siendo tan variados los medios a través de los que se fomenta la economía que conviene su análisis por separado y, en ese sentido, el concepto restringido de subvención resalta su carácter instrumental, conforme al cual el particular debe ciertas prestaciones a la Administración y esta tiene un poder de intervención originada en aquella (García Machmar, 2011, pp.111-113).

⁴⁸ A diferencia, por ejemplo, del ordenamiento jurídico español, que contempla la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo artículo 2º prescribe que “Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

Así, la ley N° 19.862, que Establece Registros de las Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos, indica en su artículo 2° que

Para los efectos de esta ley se entenderá por transferencias las subvenciones a personas jurídicas, sin prestación recíproca en bienes o servicios, y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos; sea que estos recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales, o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales, y otras de similar naturaleza, todo esto según se determine en el reglamento.

Ahora, no es posible considerar dicha definición como modelo para una aplicación más amplia que la que le reconoce la norma –“Para los efectos de esta ley”–, por cuanto, en primer lugar, asimila los conceptos de transferencia y de subvención, no obstante que esta es una especie dentro del género de la transferencia de recursos. De igual manera, hace sinónimos los conceptos de subvención y de subsidio, los que difieren por cuanto este último tiene un carácter asistencial y no importa una carga. Por otra parte, considera como únicos receptores a las personas jurídicas y, finalmente, de acuerdo a García Machmar (2011), el elemento teleológico de la subvención no aparece reflejado en el precepto, ya que no refiere al cumplimiento de una finalidad de interés público (p.114).

Por su parte, el artículo primero de la ley N° 20.285, a propósito de los antecedentes que los órganos de la Administración del Estado deben mantener a disposición del público en sus sitios electrónicos, incluye en su artículo 7°, letra f), “Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios”.

La antedicha noción sí incluye como receptores de fondos a personas naturales y, aunque también carece del elemento explícito que causa su entrega, puede asimilarse de mejor modo a los referidos conceptos de subvención. En efecto, para García Machmar (2011) la definición que entrega la ley N° 20.285 es “técnicamente idéntica a la definición adoptada por la concepción estricta de subvención pues se extiende, en primer lugar, no sólo a las transferencias de dinero, sino ‘todo otro aporte económico’” (p.115).

En cuanto a su naturaleza jurídica⁴⁹, Soto Kloss (1963) señala que es un gasto y, en cuanto tal, distingue según esté contemplado en una ley especial o en la LPSP. En el primer caso indica que la subvención tendrá la naturaleza de un acto legislativo, por cuanto aquella la ordena y el instrumento que la concede solo será ejecución de la ley⁵⁰. En cambio, respecto de las subvenciones contempladas en la LPSP, será el administrador quien las concederá a través de actos administrativos (pp.32-34).

Una vez concretado el otorgamiento de la subvención, el autor la califica –en particular a aquella que se otorga a la enseñanza privada–, como un patrimonio de afectación, esto es, un “conjunto de bienes destinados a un fin determinado: la satisfacción de la necesidad pública educación” (Soto Kloss, 1963, pp.47-48). Así, consigna como sus características más notables

[...] el hecho de ser fondos públicos –concedidos por el Estado–, que pasan a convertirse en fondos privados, afectados a un fin determinado –lo que excluye la idea de liberalidad–, y que, en función del interés general de la labor desarrollada por el beneficiario, tiene el otorgante supervigilancia sobre la inversión de ello, a fin de que alcance aquél su objetivo primordial: satisfacer una necesidad de interés general. (Soto Kloss, 1963, p.31)

En la doctrina comparada las tesis discurren entre la subvención como contrato y como acto administrativo.

En relación con la postura contractualista⁵¹, Fernández Farreres (1983) –sin adherir a ella–, concluye que se fundamenta en el carácter negociado de la subvención, que no impone coactivamente sino que busca la adecuación voluntaria de las actividades privadas a los objetivos de interés público y la aceptación de sus cargas y obligaciones, correspondiendo, según lo definiría la doctrina en comento,

⁴⁹ Ello habiendo fijado como punto de partida que la subvención y la relación jurídica que origina su otorgamiento se enmarca en el ámbito del Derecho Público. Al respecto, Fernández Farreres (1983) cita el avance de la doctrina alemana y española que la sitúan primero como una institución perteneciente a la “Administración prestacional no soberana o de Derecho Privado”, tesis que luego es superada en pos de su reconocimiento como una actividad jurídico-pública sujeta al Derecho Administrativo (pp.301-319).

⁵⁰ En este sentido, sobre la subvención educacional, con fundamento en el artículo 19 N° 10, inciso quinto, de la CPR –“La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad”–, el TC ha señalado que “Fluye categóricamente del precepto transcrito que otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, trátase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general”. (STC, Rol N° 410, 2004, considerando 19°).

⁵¹ Sobre las distintas vertientes que se refieren a ella, véase Fernández Farreres, 1983, pp.355-394.

a un régimen contractual sinalagmático que conlleva una prestación de cargo del destinatario de la misma (pp.394-407).

Fernández Farreres (1983), De la Riva (2004), Camacho Cépeda (2010) y García Machmar (2011), niegan el carácter contractualista de la subvención y coinciden en que si bien la voluntad del interesado es necesaria en su otorgamiento, su concurrencia no será suficiente para calificarla como un contrato sino como un acto administrativo que requiere de aceptación⁵², del cual surgirá una carga o un deber jurídico resultante del carácter afectado de la misma, pero no una obligación en el sentido de contraprestación (pp.402, 178, 393 y 168, respectivamente).

Lo anterior, concluyen los autores, implicará que el cumplimiento por parte del beneficiario de la subvención no podrá ser exigido forzosamente por la Administración –de lo que se coligue que esta no tiene un derecho subjetivo respecto de aquel–, sino que su falta de aplicación dará lugar a otros efectos, tales como la no exigibilidad de su pago o la devolución de aquella ya percibida⁵³.

Ahora, la diferencia entre los citados autores estriba en el carácter que se atribuye a la posición jurídica en que se encuentra el beneficiario de la subvención, que tendrá que realizar la actividad para la cual se le otorga, siendo considerada esta como carga o deber jurídico. Así, Fernández Farreres (1983) recurre a la primera de dichas nociones refiriendo que la misma, a diferencia del deber o la obligación, se conecta con un interés propio del gravado, de modo que la eficacia y consumación de la subvención queda subordinada al cumplimiento de la carga de afectar, la que a la vez es el presupuesto ineludible de aquella (pp.421-422). También lo considera una carga Camacho Cépeda (2010), quien además añade que la misma sitúa a la persona beneficiaria en una relación de sujeción especial (p.393).

Por su parte, De la Riva (2004) y García Machmar (2011), en atención al interés público comprometido en el otorgamiento de la subvención, abogan por la noción de deber jurídico, entendido este como un gravamen genérico, sin sujeción a una contraparte en particular, y cuyo cumplimiento ha de ser controlado por la Administración (pp.177 y 146, respectivamente).

En relación con la naturaleza jurídica de la subvención, parece efectivo que no es posible considerarla como un modelo contractual, al menos desde la perspectiva civilista en que este se basa, ya

⁵² En ese sentido, profundiza Fernández Farreres (1983) señalando que la aceptación se configura como un presupuesto de validez del acto administrativo unilateral de subvención (p.415).

⁵³ Véase Fernández Farreres, 1983, p.402; De la Riva, 2004, pp.177-179.

que la actividad a que se compromete el beneficiario de la misma no conforma su contraprestación, así como tampoco existirán necesariamente intereses contrapuestos en su desarrollo.

En todo caso, las anteriores nociones no deben asimilarse o encontrar reflejo en el instrumento o medio jurídico a través del que se constituye la subvención, el que por regla general vendrá determinado por la normativa propia de aquella⁵⁴ o corresponderá a una decisión de gestión de la Administración otorgante, la que podrá optar por entregarla a través de convenios, lo que consecuentemente permitirá la utilización de las prerrogativas naturales de esta figura de actuación administrativa, o mediante actos administrativos, en los cuales habrá de establecer la regulación específica a que tendrá que ceñirse el receptor.

2.2.2 Elementos

Tres son los elementos que definen a la subvención y a la relación jurídica a que da origen: objetivo, subjetivo y teleológico, esto es, su objeto, los sujetos intervinientes y la finalidad a que se encuentra determinada.

a) Objeto

Como se anticipó, el objeto de la subvención depende de la noción que de ella se adopte, pudiendo considerarse como cualquier beneficio económico o como un desplazamiento patrimonial –comprensivo de dinero, bienes u otra ventaja económica– hacia el beneficiario.

Al respecto, y sin perjuicio de lo prevenido al comienzo de este capítulo, se sigue la tesis de Fernández Farreres (1983), para quien la subvención se caracteriza por consistir en una “atribución patrimonial”, entendida como “aquel acto jurídico por medio del cual una persona proporciona a otra una ventaja o un beneficio de carácter patrimonial” (p.77), de manera que, como añade, se produce un incremento en el patrimonio del beneficiario. Así, de acuerdo a su interpretación, la subvención puede

⁵⁴ Por ejemplo, la ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, en su artículo 27, inciso segundo, ordena que “Para la formalización del otorgamiento de la subvención o aporte, el municipio y la organización beneficiaria deberán suscribir un convenio en donde se establezca la modalidad y monto a asignar, el tiempo de ejecución, el detalle de los gastos y la forma en que se rendirá cuenta de los mismos”.

consistir en una atribución dineraria o cualquier otra evaluable económicamente (Fernández Farreres, 1983, p.90).

No resulta fácil en el ordenamiento nacional encontrar subvenciones distintas a las asignaciones que, bajo las denominaciones de bonificación, bono, incentivo o simplemente subvención, consisten en el traspaso de fondos públicos. Por ello, resulta interesante el ejemplo que pone de manifiesto el aludido autor, quien cita el análisis del Consejo de Estado Español al decreto 488/1973, sobre sistemas de ayudas y beneficios a la iniciativa no estatal en materia de enseñanza, en lo relativo al uso de los inmuebles cedidos, a los que califica como “subvención en especie” (Fernández Farreres, 1983, p.95), ya que una figura similar se regula a propósito del traspaso del servicio educacional a las municipalidades establecido en el artículo 38, inciso segundo, del decreto ley N° 3.063, de 1979, en el texto vigente a esa data⁵⁵, cuyo reglamento –contenido en el decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, del entonces Ministerio del Interior–, en su artículo 5° dispone, en lo que interesa

En los casos en que una Municipalidad estime conveniente tomar a su cargo un servicio atendido por algún organismo del sector público se ajustará al siguiente procedimiento:

- 1) Celebración de un convenio con el Ministerio o entidad pública respectiva, sobre el traspaso del servicio y sus bases, el que deberá contener los siguientes puntos a lo menos:
 - a) Descripción circunstanciada del servicio que toma a su cargo la Municipalidad, consignando los derechos y obligaciones específicos que tal servicio implica.
 - b) Individualización de los activos muebles e inmuebles que se traspasen, determinando plazos y demás condiciones si las hubiera. Tratándose de inmuebles, deberán individualizarse y expresarse todas las menciones que exige la ley y reglamentación pertinente para la inscripción de tales bienes en los Registros respectivos.

Sobre la afectación a dicha finalidad, la CGR ha señalado que los bienes raíces entregados a las municipalidades en virtud del citado decreto con fuerza de ley, deben destinarse única y exclusivamente al cumplimiento de la finalidad del servicio traspasado, la que no puede cambiarse por la entidad comunal, de manera que, sin perjuicio de ciertas excepciones a que se refiere

⁵⁵ Su inciso segundo, luego de disponer la constitución del Fondo Común Municipal, prescribía que “Las municipalidades deberán destinar preferentemente los recursos de este Fondo a crear, mantener y prestar servicios a la comunidad local. Además, podrán tomar a su cargo los servicios que estén siendo atendidos por organismos del sector público o del sector privado, en este último caso ateniéndose al principio de subsidiariedad; como asimismo podrán destinarlos al financiamiento de obras de adelanto local”.

[...] en la eventualidad de que a un municipio no le sea posible cumplir con el objeto para el cual le fue traspasado un inmueble determinado, las partes, de común acuerdo deberán convenir, en su caso, resolver el convenio en lo que se refiere a dichos bienes, de manera que su dominio vuelva al Fisco. (Dictámenes N°s.19.552, 1987; 18.589, 1994; 60.539, 2014; y, 72.353, 2016, entre otros)

Así, se observan en esta figura los elementos de atribución patrimonial, otorgada para una finalidad específica, sujeta a controles por parte de la entidad otorgante y cuyo incumplimiento generará la obligación de devolución.

Sobre este elemento también se ha señalado que presenta un carácter no devolutivo o “a fondo perdido”⁵⁶, ya que no nace para el beneficiario la obligación de efectuar contraprestación alguna. No obstante, dicha terminología no debe llevar a confusión, ya que si bien no hay una prestación a favor de la Administración otorgante –como ocurre, por ejemplo, con la transferencia que implica el pago del precio en un contrato de prestación de servicios–, sí existe una carga o deber de hacer o de dar para el receptor de los fondos, por cuya realización se han transferido. En efecto, en caso de no verificarse la finalidad para la cual se ha entregado la subvención, sea de actividad o de resultado, aquella deberá ser reintegrada.

b) Sujetos intervinientes

El elemento subjetivo se define por la relación que constituye entre el otorgante de la subvención y su receptor. En el ámbito que nos ocupa es conformado por dos partes: la Administración Pública y el sujeto beneficiario (García Machmar, 2011, p.122).

Sobre la primera, indica De la Riva (2004) que el elemento clave para atribuir al sector público la calidad de sujeto dispensador de los beneficios será el origen de los fondos transferidos, excluyéndose aquellas situaciones en que, por ejemplo, aquel se ocupa de gestionar recursos de naturaleza privada (p.145). En otro sentido, para Fernández Farreres (1983) será decisivo quién decide y quién otorga la subvención y no necesariamente la imputación del gasto, reconociendo la posibilidad de que existan entes de base privada a los que la Administración les ha delegado o atribuido la gestión y distribución

⁵⁶ Utilizan esta expresión Fernández Farreres, 1983, p.107; Bermúdez Soto, 2011, p.300; y, Camacho Céspedes, 2010, p.386.

de subvenciones, atendido que la función pública que ejercen haría desaparecer la dificultad que la subvención no tenga ese origen (pp.136-145).

Sin perjuicio que para que exista subvención en los términos tratados en este trabajo ha de ser indispensable que la otorgue una entidad perteneciente a la Administración Pública, en particular aquella que verifica el respectivo gasto en su presupuesto, el supuesto planteado por Fernández Farreres (1983) –basado en la gestión subvencional por parte de entidades de naturaleza privada a las que se les ha encomendado o delegado el ejercicio de funciones de carácter público–, encuentra reflejo en nuestro país en la denominada “Administración invisible” del Estado⁵⁷, compuesta, entre otros entes, por las corporaciones y fundaciones conformadas por municipalidades⁵⁸ o gobiernos regionales⁵⁹, constituidas como organizaciones de derecho privado con fines públicos, cuyos presupuestos contemplan

⁵⁷ Término utilizado para referirse a entes de naturaleza jurídica privada en que el Estado tiene participación o representación mayoritaria. Sobre ellos, la CGR ha señalado que “se trata de aquellos casos en que el Estado no realiza en forma inmediata ciertas actividades inherentes al cumplimiento de sus funciones, sino que lo hace indirectamente, por medio de una entidad privada, utilizando la preeminencia que le da su participación en el patrimonio o dirección de ésta. De tal modo, en esas instituciones está presente de un modo predominante el interés público, toda vez que mediante la gestión de aquéllas se persigue satisfacer necesidades públicas [...] lo señalado justifica que a las aludidas entidades se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controladas en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado a través de ellas respete la preceptiva orgánica aplicable y no adolezca de irregularidades” (Dictámenes N°s. 44.554, de 2010; 80.795, de 2014; y, 16.630, de 2018).

⁵⁸ Corresponden a este tipo las personas jurídicas de derecho privado formadas conforme el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3063, de 1980, del entonces Ministerio del Interior, por las cuales los municipios tomaron a su cargo los servicios de las áreas de educación, de salud o de atención de menores, para efectos de su administración y operación, y aquellas que el artículo 129 de la LOCM les autoriza a constituir o participar, destinadas a la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo.

⁵⁹ Se refieren a ellas el artículo 100 de la LOCGAR, que autoriza a los gobiernos regionales para “asociarse entre ellos y con otras personas jurídicas, para constituir con ellas corporaciones o fundaciones de derecho privado destinadas a propiciar actividades o iniciativas sin fines de lucro, que contribuyan al desarrollo regional en los ámbitos social, económico y cultural de la región [...] Las corporaciones o fundaciones así formadas podrán realizar, entre otras acciones, estudios orientados a identificar áreas o sectores con potencial de crecimiento, estimular la ejecución de proyectos de inversión, fortalecer la capacidad asociativa de pequeños y medianos productores, promover la innovación tecnológica, incentivar las actividades artísticas y deportivas, estimular el turismo intraregional, mejorar la eficiencia de la gestión empresarial y efectuar actividades de capacitación. En ningún caso estas entidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas”.

principalmente recursos provenientes del Estado y que en el desarrollo de sus labores transfieren fondos para la ejecución de proyectos o actividades determinadas⁶⁰.

En relación con la figura del receptor, este es una persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos o condiciones que fije el ordenamiento particular que la regula. Sobre él, el asunto a discutir se refiere a si solo ha de ser un privado o si son susceptibles de ser beneficiarios de subvenciones otros organismos públicos.

Al respecto, tanto para Fernández Farreres (1983) como para De la Riva (2004), la posibilidad de concebir a una misma Administración Pública como sujeto pasivo de la relación subvencional sería un contrasentido, por cuanto todo ente estatal tiene entre sus objetivos una particular gestión administrativa y la consecución del interés general⁶¹. Ello excluiría la posibilidad de que puedan ser sujetos de subvenciones, precisamente porque estos tienen por finalidad el desarrollo de una acción mediante la cual se busca conseguir el bien común, es decir, aquello que por ley corresponde a la Administración.

Por lo expuesto, concluyen que en aquellas situaciones en que se transfieren recursos desde un ente público hacia otro, existiría más bien una entrega de soporte financiero, que escapa a la idea de fomento, destinado a facilitar el funcionamiento de los servicios administrativos (De la Riva, 2004, pp.150-151), o se trataría de ajustes contables entre organismos que se nutren de unos mismos fondos públicos (Fernández Farreres, 1983, p.183).

⁶⁰ Ello ocurre, entre otras áreas, en el ámbito del fomento a la cultura. Por ejemplo, durante el año 2018, las corporaciones municipales culturales de Mostazal y La Florida publicaron convocatorias para el financiamiento de proyectos que tengan por objetivo “Favorecer el fortalecimiento, autonomía y sustentabilidad de las agrupaciones y sus redes, así como fortalecer su rol de gestores culturales” y “Contribuir al proceso de consolidación creativa de artistas y agentes culturales floridanos que vacíen su expresión a través de la artesanía, el folclore, las artes visuales, el teatro, la danza, las artes audiovisuales, la música, la literatura, las artes circenses y, en general, todo lenguaje artístico; Posibilitar la circulación de los diversos bienes culturales producidos por creadores y agentes locales y el acceso de la comunidad a su conocimiento y disfrute, propiciando la relación entre el artista y los habitantes de la comuna; y, Fomentar actividades artísticas y culturales en distintos sectores de La Florida”, respectivamente, en virtud de las que se otorgaron subvenciones de hasta \$ 1.000.000 y \$ 1.500.000 en cada una de ellas, destinadas a solventar iniciativas de presentaciones artísticas, mejoramiento de equipamiento cultural, apoyo a la creación y circulación artística local y apoyo a la formación y enseñanza artística en territorio, cuyas bases contemplan acciones de supervisión, sanciones por incumplimiento –considerando como tal la utilización de los recursos para fines diversos de los estipulados en los proyectos o que no se ejecute la propuesta–, las que incluyen el reintegro de los fondos otorgados. Para más información, véanse ambas bases de postulación: Corporación Cultural Mostazal, "Bases de Postulación Fondo Concursable 'Corporación Cultural Mostazal' 2018". Recuperado de http://www.mostazal.cl/web2015v2/img/banners/2018/BASES_FONDO_CONCURSABLES_CORPORACIÓN_2018.pdf y Corporación Cultural de la Florida, "Bases Fondo de Talentos Artísticos 2018". Recuperado de <https://www.culturalaflorida.cl/wp-content/uploads/2018/08/Bases-Talentos-Artisticos-2018-2.pdf>.

⁶¹ Véase Fernández Farreres, 1983, p.167; De la Riva, 2004, pp.150-151.

Sin perjuicio de ello, para aquellos casos en que dicho soporte tenga el carácter de extraordinario y afecto a una finalidad específica, aun cuando no concurren los elementos de una subvención, señalan que podría tratarse de un régimen especial de “ayudas públicas interadministrativas” (De la Riva, 2004, p.153) o de “colaboración interadministrativa” (Fernández Farreres, 1983, p.207)⁶².

En el ámbito nacional, García Machmar (2011) indica que el empleo generalizado del término subvención no ha restringido al beneficiario de la misma, previniendo que para el caso de las transferencias a entidades públicas, por una parte, la subvención se registrará además de su estatuto particular por las normas de administración financiera del Estado y, por otra, que ciertas disposiciones aplicables al sector privado –como inhabilidades, medidas rescisorias, entre otras–, no podrán traspasarse al receptor (p.135).

Ahora bien, considerando la organización administrativa nacional, es posible considerar la atribución patrimonial desde un órgano público hacia otro para una finalidad determinada, con las siguientes precisiones.

En primer término, ello podrá presentarse entre entes públicos con distinta personalidad jurídica, ya que solo dicha naturaleza permite traspasos entre patrimonios. Seguidamente, debe descartarse el tratamiento subvencional entre organismos que, aun contando con patrimonios independientes, se relacionan bajo la figura de la supervigilancia –como ocurre, por ejemplo, con los servicios descentralizados–, por cuanto ambos responden a unas mismas políticas públicas, reflejadas en la misma partida presupuestaria y su actuar se encuentra direccionado precisamente a través de dicha forma de dependencia. Así, se matiza ese atisbo de colaboración implícito en la subvención y no se añaden nuevas acciones a desempeñar por el receptor de los fondos, ya que, en el contexto de su competencia, aquellas estarán comprendidas en la labor ministerial del respectivo sector de una manera global⁶³.

⁶² A este concepto alude Fernández Farreres (1983) para referirse a ciertas fórmulas de subvención entre la Administración estatal y los entes regionales y locales –en el contexto de la organización administrativa española–, distinguiéndola en su análisis de las restantes figuras de financiación (pp.203-229).

⁶³ Una excepción podría estimarse lo constituyen aquellas transferencias de recursos que deben ser recepcionados en el servicio para su administración en cuentas extrapresupuestarias. La CGR ha señalado que dichas cuentas complementarias podrán existir siempre que una disposición legal lo establezca o se autorice por sus instrucciones, lo que ocurrirá cuando existan fundamentos para determinar que los aumentos o disminuciones de fondos no afectan por su naturaleza la ejecución presupuestaria al momento de su ocurrencia. En ese contexto, ha precisado que esa esta última circunstancia acaecerá si se trata de recursos que son trasladados temporalmente, sujetos a devolución, o bien, cuando aquellos no tengan la calidad de ingresos propios del servicio que realiza el respectivo movimiento (Dictámenes N°s. 82.176, de 2013; 43.421, de 2014; 25.761, de 2017; y, 23.956, de 2018).

De acuerdo con lo expuesto, los trasposos de haberes en las situaciones referidas presentan la naturaleza de una transferencia de recursos en el sentido de soporte financiero a que aluden Fernández Farreres (1983) y De la Riva (2004). Lo anterior, incluso respecto de aquellos contemplados en la LPSP para la ejecución de un programa determinado, el que no es subvencionado por el otorgante sino financiado por el organismo del origen de los fondos bajo la figura de la colaboración en la implementación de acciones determinadas⁶⁴.

Luego, restan aquellos los trasposos entre entes públicos con distintos patrimonios sin relación de dependencia o supervigilancia. Al respecto, Camacho Céspedes (2010) señala que la subvención servirá en este caso como un mecanismo de la Administración para encauzar el comportamiento de aquellas entidades administrativas con las que el otorgante no tiene una relación jerárquica que le permita direccionar su acción (p.390).

Así, si bien en términos generales desde el elemento teleológico esa transferencia de recursos no podría calificarse de subvención por que ambos entes públicos tiene la obligación de cumplir con sus cometidos estatales, en aras del bien común, en ciertos casos el receptor, en las condiciones expuestas, se hace cargo de programas especiales o políticas públicas para cuya ejecución es subvencionado por otro también perteneciente a la Administración del Estado.

En la legislación nacional, ejemplos sobre la aceptación del carácter público del beneficiario de la subvención aparecen respecto de aquellas que se otorgan a las municipalidades y a las universidades públicas⁶⁵.

Volviendo sobre los aspectos generales del receptor del incentivo, y en relación a su estatuto jurídico, García Machmar (2011) y Pallavicini Magnère (2015) definen los procedimientos de asignación como los siguientes: i) concurso público, que deriva de una elección competitiva de los postulantes previa convocatoria administrativa, entre los cuales identifican los fondos concursables –patrimonios creados por ley y administrados por un órgano de la Administración del Estado, normativamente destinados a

⁶⁴ Por ejemplo, a través del decreto N° 1, de 2018, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se aprobó el convenio de colaboración entre esta Cartera de Estado y el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo –organismo técnico del Estado, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica de derecho público, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través de aquella–, en el marco del Programa Inversión en la Comunidad.

⁶⁵ Gallo Feliú y Miranda Cerda, 1963, p.17; Soto Kloss, 1963, p.35.

financiar actividades de interés público, realizadas por sujetos distintos del otorgante⁶⁶–; ii) asignación directa, distinguiendo en esta modalidad los casos en que la norma establece la facultad de otorgar sin relación a otra que regule el procedimiento o los requisitos de su asignación y aquellos en que se admite la asignación directa como excepción al concurso público; y, iii) reglada, en que se transfieren los valores a todos los sujetos que cuentan con una condición jurídica determinada⁶⁷.

Siguiendo dicho esquema, por regla general el otorgamiento de subvenciones, en aplicación del artículo 9º de la LOCBGAE⁶⁸, debe ser a través de procedimientos concursales que garanticen la igualdad en el acceso.

No obstante lo anterior, son varios los casos en que la ley establece subvenciones mediante asignación directa, sea de forma nominativa, principalmente a través de la LPSP⁶⁹, o fijando una excepción al régimen de concurso⁷⁰.

⁶⁶ Uno de ellos es el implementado por la ley N° 19.955, que incorpora a la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, su artículo 11bis, el que dispone la creación de un Fondo Concursable destinado al financiamiento de iniciativas que las Asociaciones de Consumidores, constituidas según dicha ley, desarrollen en el cumplimiento de sus objetivos. Prevé su inciso segundo que “Dicho Fondo estará compuesto por los aportes que cada año se contemplen en el presupuesto del Servicio Nacional del Consumidor y por las donaciones que realicen para dicho efecto organizaciones sin fines de lucro nacionales o internacionales”.

⁶⁷ García Machmar, 2011, pp.207-223; Pallavicini Magnère, 2015, pp.255-257.

⁶⁸ “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”.

⁶⁹ Por ejemplo, la LPSP para el año 2018, así como las aprobadas en años anteriores, han contemplado en la partida 09 capítulo 16 programa 01, correspondiente al antiguo Consejo Nacional de la Cultura y las Artes –actual Subsecretaría de las Culturas, sucesora y continuadora legal de aquel–, la asignación 24-01-270 “Corporación Cultural Gabriela Mistral”, cuya glosa 07 dispuso que “Estos recursos serán transferidos de acuerdo al convenio suscrito entre la institución y el organismo receptor, en el cual deberá estipularse, a lo menos, las acciones a desarrollar, las metas, plazos y forma de rendir cuenta de su uso. Adicionalmente la institución deberá comprometer una meta de obtención de ingresos propios y/o aportes y donaciones de terceros de un 30% de los recursos totales transferidos” y la asignación 24-01-290 “Otras instituciones colaboradoras”, cuya glosa 08 si bien fijó la aplicación de procedimientos concursales para su distribución, prescribió que también, por los montos que consigna, “Incluye el financiamiento de: a) Fundación Internacional Teatro a Mil b) Corporación Cultural Balmaceda Doce Quince c) Corporación Cultural Matucana 100 d) Sociedad de Escritores de Chile (SECH) e) Asociación de Pintores y Escultores f) Museo Violeta Parra g) Fundación Larraín Echeñique h) Corporación Cultural Teatro Regional Biobío”.

⁷⁰ Por ejemplo, la partida 15 capítulo 01 programa 03 Proempleo, de la Subsecretaría del Trabajo, contempló la asignación 24-01-265 “Programa Servicios Sociales”, cuya glosa 10 dispuso que “La inversión de estos recursos se efectuará a través de organismos privados sin fines de lucro, mediante la asignación de fondos concursables para el desarrollo de proyectos de apoyo social, o por asignación directa para proyectos de cuidados domiciliarios de personas en situación de dependencia y/o discapacidad” y la partida 26 capítulo 02 programa 02, Subsecretaría del Deporte, en el subtítulo 24 contuvo la glosa 03, que prescribió que “Estos recursos del Fondo Nacional para el Fomento del Deporte, serán asignados a lo menos en un 70% mediante concursos públicos. Solo podrán asignarse recursos a través de la modalidad de asignación directa para financiar actividades deportivas de relevancia regional, nacional e internacional, mediante Resolución del Director Regional o Nacional según corresponda”, ambas de la LPSP para el año 2018.

Asimismo, la normativa nacional contempla subvenciones que se conceden en virtud del cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico fija al efecto⁷¹.

Luego, tratándose de personas jurídicas de derecho privado receptoras de fondos públicos, deberán, en forma previa a su otorgamiento, inscribirse en los registros que conforme a la ley N° 19.862 están obligados a llevar los órganos y servicios incluidos en la LPSP y los municipios que efectúen transferencias⁷².

Finalmente, una vez otorgada la subvención, surgen deberes para su beneficiario, siendo el principal el cumplimiento del fin para el cual ha sido dispuesta. Al respecto se profundizará en el siguiente literal, ya que este es, a su vez, un elemento de la esencia de la figura subvencional. Sin perjuicio de ello, en términos generales se puede adelantar que, como indica García Machmar (2011), respecto de la subvención el beneficiario tiene un derecho subjetivo a percibirla, luego de lo cual estarán esos fondos afectos al deber de realizar la actividad para el cual se otorgó, aspecto que deberá acreditarse sea para obtener el reembolso de los gastos incurridos en ella –objeto de la subvención–, o para rendir cuenta del uso de los mismos, sujetos, en caso de incumplimiento, a su devolución (pp.224-229).

c) Elemento teleológico

El elemento teleológico de la subvención significa que está destinada a la realización de una actividad específica por parte del receptor, orientada a un bien público, estando aquel obligado a su aplicación⁷³.

⁷¹ Por ejemplo, el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1996, del mismo origen, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales, establece los requisitos para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención educacional.

⁷² De acuerdo a los artículos 1° de dicha ley y 2° del decreto N° 375, de 2003, del Ministerio de Hacienda, que aprueba su reglamento, deberán registrarse, en lo que interesa, “[...] a) Las entidades que sean susceptibles de recibir recursos públicos contemplados anualmente en la Ley de Presupuestos; b) Las entidades receptoras de transferencia de fondos públicos”.

⁷³ Sobre las nociones que explican el elemento teleológico, Fernández Farreres y García Machmar se refieren a las posiciones de los autores que recurren a la teoría de los elementos accesorios del acto administrativo, calificando a la subvención como acto modal o acto condicional, precisando los mismos sobre las argumentaciones para rechazar tales aseveraciones. A su turno, también se refiere a la existencia de una condición Soto Kloss al clasificar a la subvención atendiendo a si se sujeta a una modalidad, refiriendo que esta puede ser simple –cuyo ejercicio no está sujeto a ningún requisito, salvo alcanzar el fin de interés general para el que es concedida–, o condicionada –cuya inversión u otorgamiento se sujeta a reglamentación por parte del concedente a fin de asegurar el correcto cumplimiento de los fines previstos por este–. Véase Fernández Farreres, 1983, pp.251-267; García Machmar, 2011, pp.139-146; Soto Kloss, 1963, p.38.

Dicho interés puede entenderse desde dos puntos de vista. Por una parte, se otorga la subvención para el desarrollo de una cierta actividad, es decir, el interés de la Administración será la realización de la misma por el beneficiario. Pero también se configura otro que trasciende a la actividad particularmente considerada, que es el interés público comprometido en su ejecución.

Sobre este elemento Soto Kloss (1963) reconoce que la doctrina desde antiguo ha estado de acuerdo en que el objetivo de las subvenciones radica en la satisfacción de las necesidades públicas y el interés general (p.41).

Para ello, Fernández Farreres (1983) añade que la Administración actúa a través de dos vías, sea posibilitando económicamente al beneficiario para que pueda desarrollar su actividad, considerada como de interés público, sin otros compromisos que el de hacer efectiva esa actividad o conducta, o bien induciéndolo a su realización, con arreglo a los objetivos que fije el otorgante (p.246). Así, indica que la subvención permite, a través del ofrecimiento y otorgamiento de un beneficio económico-patrimonial, la adecuación de los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades propias a los fines públicos que la Administración trata de conseguir, de garantizar y de tutelar precisamente a través de aquella (Fernández Farreres,1983, p.232).

Pues bien, para cautelar el cumplimiento de dicha finalidad no basta la mera colaboración del interesado, sino que es necesario que la Administración ejerza sus atribuciones para verificar que se consiga. Así, como señala Fernández Farreres (1983), debe desplegar actuaciones “tendientes a constatar y comprobar que el destinatario de la subvención ha dado plena satisfacción a las exigencias y objetivos concretados en la carga jurídica de la que pende la total efectividad de la atribución subvencional” (p.745).

Sobre los fundamentos de la atribución de dichas potestades, García Machmar (2011) reseña los que la doctrina ha esgrimido como su sustento, tales como la conformación de una relación especial de sujeción y, con especial interés para efectos de este trabajo, menciona aquel formulado por Garrido Falla y Baena de Alcázar, para quienes la subvención implica la incorporación del particular en la gestión de una actividad de servicio público (pp.255-258).

Sin perjuicio de lo anterior, para el autor los referidos poderes se justifican en el elemento teleológico de la subvención. De esta manera, concluye que su carácter afectado justifica las potestades de intervención de la Administración –dirección y control–, en orden a conducir el comportamiento del

beneficiario. En este sentido, lo que interesa a la Administración es comprobar el cumplimiento de la finalidad para la cual dichos fondos han sido traspasados, lo que se ocurre, como señala, a través del reconocimiento de poderes de carácter finalista, por cuanto existen para dar eficacia a una determinada manifestación del interés público comprometido. Así, el autor precisa que “la administración concedente se encuentra dotada, de modo implícito o inherente, de facultades para verificar el cumplimiento de las cargas que impone el otorgamiento de la subvención” (García Machmar, 2011, p.257-259).

En razón de lo anterior, debe añadirse que la subvención, en tanto atribución patrimonial, se conforma por recursos públicos, lo que, como señala Medina Guijarro (1999), hace necesaria la protección del erario público a través de un sistema de controles administrativos

[...] que garanticen, de una parte, que la entidad concedente pueda saber y comprobar el destino que se ha dado a los caudales subvencionados, exigiéndose, en caso de desviación, su restitución, y, de otro lado, prevenir a través de instrumentos sancionadores la posibilidad de que dichos caudales puedan ser distraídos (p.144).

Según De la Riva (2004), el control “surge como corolario inexcusable de la afectación de la ayuda a la realización de una actividad que contribuye a una finalidad específica y concreta de interés general” (p.231)⁷⁴.

Por ello, la necesidad jurídica de que la actividad que se fomenta sea efectivamente realizada y, en definitiva, justifique el otorgamiento del incentivo, hace al control un elemento propio de su estructura de funcionamiento y, consecuentemente, motiva las atribuciones que se reconocen a la Administración en este sentido. Como señala de la Riva (2004) “[...] si se omite todo control sobre el cumplimiento del correlativo deber impuesto al beneficiario, la estructura afectada del instituto –tal como quedara definido– no pasaría de ser una mera fórmula teórica carente de toda trascendencia práctica y sin vigencia efectiva” (p.247).

⁷⁴ Analiza el autor el principio de control sobre dos dimensiones en la relación subvencional, aquel que se extiende sobre la actividad administrativa dispensadora de ayudas públicas y el que alcanza al cumplimiento regular de la actividad a la que está afectada la ayuda pública, refiriéndose principalmente a este último, no por soslayar la importancia del primero, sino por cuanto el énfasis del mismo viene dado precisamente por la verificación del cumplimiento del elemento teleológico a propósito de la entrega de la subvención (De la Riva, 2004, pp.231-251).

Dichos controles se manifiestan a través de diversas técnicas, como la revisión documental, supervisión, inspección y, en particular, mediante el procedimiento administrativo de rendición de cuentas.

Al respecto, el artículo 98 de la CPR prescribe que

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 bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

En base a dicho precepto, tres son las competencias de la CGR que se relacionan con el control de la correcta inversión de los fondos públicos: rendición de cuentas, su examen y su juzgamiento.

En primer término, el artículo 85 de la LOCCGR dispone que

Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1º, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley.

De esta manera, todo servidor público que administre recursos públicos deberá rendir cuenta de su inversión, es decir, en lo que interesa, respecto de la transferencia que se efectúa con cargo a la subvención.

El procedimiento administrativo de que se trata tiene por objeto poner a disposición de la CGR los respaldos de los egresos efectuados por la Administración Pública, con el fin de demostrar que los haberes traspasados han sido aplicados en los fines que establece la ley. La rendición de cuentas, respecto de la CGR, es una obligación propia de los organismos pertenecientes a aquella, no obstante que, para

cumplir con dicho objeto, estos han de exigir a los privados beneficiarios de la subvención su propia rendición de cuentas⁷⁵.

Lo anterior, por cuanto de conformidad con los artículos 25 y 85 de la LOCCGR, corresponde a esta fiscalizar la correcta inversión de los fondos públicos que cualesquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada, con el objeto, solamente, de establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad.

Efectuada la rendición de cuentas, procederá el examen de la misma mediante el análisis de la documentación que acredite el cumplimiento de la finalidad. Luego, en caso que de su resultado se verifique la necesidad de restituir fondos, el Ente Contralor podrá instruir al otorgante que lo exija⁷⁶ o dar curso al procedimiento jurisdiccional pertinente a través de la interposición de la respectiva demanda para perseguir la responsabilidad civil extracontractual de quien ha causado daño al patrimonio público, sea ante el Juzgado de Cuentas o los Juzgados Ordinarios, según se trate de servidores o ex servidores

⁷⁵ El artículo 27 de resolución N° 30, de 2015, de la CGR, que Fija Normas de Procedimiento sobre Rendición de Cuentas, regula las transferencias a personas o entidades del sector privado, prescribiendo que “En estos casos la transferencia se acreditará con el comprobante de ingreso de la entidad que recibe los recursos firmado por la persona que la percibe, el que deberá especificar el origen de los caudales recibidos. Las unidades operativas otorgantes serán responsables de: a) Exigir rendición de cuentas de los fondos otorgados a las personas o entidades del sector privado. Los actos administrativos que aprueben las respectivas transferencias podrán contemplar la entrega de informes de avance de la inversión y de ejecución de actividades y un informe final. La rendición de cuentas deberá efectuarse en los plazos señalados en el respectivo acto que apruebe la transferencia. Si este nada dice, la rendición deberá ser mensual, dentro de los quince (15) primeros días hábiles administrativos del mes siguiente al que se informa. b) Proceder a su revisión para determinar la correcta inversión de los fondos otorgados y el cumplimiento de los objetivos previstos en la ley o en el acto que ordena la transferencia. c) Mantener a disposición de la Contraloría General, los antecedentes relativos a la rendición de cuentas de las transferencias. En casos calificados y autorizados por el Organismo Fiscalizador, dichos documentos podrán encontrarse en poder de la persona o entidad receptora para el respectivo examen”.

⁷⁶ El artículo 31 de la resolución N° 30, de 2015, dispone que “ Toda rendición de cuentas no presentada o no aprobada por el otorgante, u observada por la Contraloría General, sea total o parcialmente, generará la obligación de restituir aquellos recursos no rendidos, observados y/o no ejecutados, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

de la Administración o quienes no gozan de dicha calidad⁷⁷, respectivamente⁷⁸, en la medida que se cumplan los restantes requisitos que la hacen procedente.

Cabe precisar que la obligación de reintegro no solo se refiere a desvíos en el uso de los fondos públicos transferidos, sino también, por ejemplo, a un costo menor de lo planificado, a la no ejecución de la actividad originalmente determinada o incluso a la invalidación o revocación del acto de otorgamiento. Es decir, no siempre existirá un elemento de imputabilidad en la administración de los recursos traspasados.

Otra consecuencia jurídica frente al incumplimiento en el logro de la finalidad a que obliga la subvención podrá ser el término de su otorgamiento. A ello, García Machmar (2011) refiere como caducidad⁷⁹ en tanto “modo de extinguir los actos administrativos favorables que opera frente al incumplimiento de los deberes que éste impone para el goce de sus efectos” (p.271), no obstante que, en caso de existir un convenio, dicha terminación también podría fundamentarse en las potestades propias de la administración en la contratación administrativa, como la terminación anticipada.

Lo anterior, además, sin perjuicio de los regímenes sancionatorios que contemplan las diversas regulaciones, según la subvención de que se trate, así como de la aplicación de los estatutos generales de la Administración del Estado, por ejemplo, ante la infracción de deberes administrativos, o la eventual comisión de ilícitos penales.

⁷⁷ Sobre el ámbito de acción de la CGR, el artículo 85, inciso tercero, de la LOCCGR prescribe que “No obstante, la fiscalización de la inversión de los fondos fiscales que perciban personas o instituciones de carácter privado, por leyes permanentes, a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada, se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. En caso de que se produzcan reparos sobre la materia, las acciones que procedieren serán entabladas ante la justicia ordinaria directamente por la Contraloría General o por el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de poner los reparos en conocimiento del Presidente de la República, para los efectos que procedan”.

⁷⁸ Importante resulta destacar en este punto el dictamen N° 16.073, de 2017, de la CGR, que reconsideró la jurisprudencia vigente en relación con la imposibilidad de perseguir la responsabilidad civil mediante la interposición de reparo en contra de las personas que tengan a su cargo recursos públicos en las corporaciones municipales que administran los servicios traspasados del área de educación, de salud y de atención de menores. Dicho pronunciamiento concluyó sobre la especialidad del artículo 136 de la LOCM –cuyo inciso primero dispone que “Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 6° y 25 de la Ley N° 10.336, la Contraloría General de la República fiscalizará las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza y aquellas constituidas en conformidad a este título, con arreglo al Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, del año 1980, del Ministerio del Interior, o de acuerdo a cualquiera otra disposición legal, respecto del uso y destino de sus recursos, pudiendo disponer de toda la información que requiera para este efecto”–, por sobre el artículo 85 de la LOCCGR, resultando de esta manera procedente la interposición de reparos ante el Tribunal de Cuentas en contra de aquellas.

⁷⁹ Concluye García Machmar (2011) que “cuando la Administración, como reacción al incumplimiento de la carga jurídica que constituye la subvención, pone término a ésta, solicitando la restitución de lo percibido –más los intereses– no estamos en presencia de un acto resolutorio o revocatorio, sino de la consecuencia natural o intrínseca al incumplimiento propiamente dicho. Se trataría de una caducidad, esto es, la extinción del acto administrativo favorable por el incumplimiento de la obligación contenida en él” (pp.228-229).

Por su parte, un análisis distinto es el que se debe llevar a cabo a efectos de determinar si con las actividades subvencionadas el Estado alcanza el interés general tenido a la vista en su financiación, es decir, si el otorgamiento de la subvención de que se trate ha sido eficaz⁸⁰.

Sobre la eficacia, De la Riva (2004) la ubica como un principio rector de la actividad subvencional que, aunque de reciente aplicación desde la perspectiva del control jurídico, permite juzgar la realización efectiva y plena del interés general (p.213).

La dificultad de la aplicación de dicho principio, como reconoce el autor, se presenta particularmente en el ámbito social, atendida la falta de indicadores idóneos para medir los niveles de eficiencia en la labor administrativa y el significado propio del interés general, así como la misma organización y funcionamiento del aparato administrativo (De la Riva, 2004, p.213). Luego, señala que

[...] lo que aquí interesa es la eficacia de la Administración en el logro de los fines u objetivos de interés general a que se orienta su actividad cuando ella se instrumenta a través de la dispensación de favores. Es decir, el tema consiste en examinar si los cometidos a cargo de la autoridad administrativa (elaboración –en lo que toque– de políticas acertadas, coordinación de los programas de los distintos niveles territoriales, selección de los destinatarios de las ayudas, eficiente control de la aplicación de las ventajas otorgadas a las actividades prefijadas, etcétera) están siendo desempeñados de manera acorde a las exigencias del interés general (De la Riva, 2004, pp.214-215).

Sin perjuicio de dicha problemática, es necesario que la Administración Pública verifique la eficacia de la inversión de recursos públicos en las políticas públicas que desarrolla. Para ello, de acuerdo al artículo 52⁸¹, inciso segundo, de la LOAFE, “La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen

⁸⁰ La RAE (2014e) define eficacia como la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Para Pallavicini Magnère (2015) “apunta al logro oportuno de los objetivos y de las finalidades de la organización, velando porque se concreten o realicen en forma consecuyente y coherente con el medio administrativo en el cual se inserta la organización y con la planificación que los inspira”, es decir, “el logro de las metas” (pp.284-285).

⁸¹ Su inciso primero dispone que “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 auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos”. Concordante con ello, el artículo 21B, de la LOCCGR, precisa que “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”⁸², labor que, en la especie, se encuentra asignada al Ministerio de Hacienda a través de la DIPRES⁸³.

En ese contexto, además de la publicación de los resultados de sus evaluaciones⁸⁴, con dicha información, se conformó la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados (2018) acerca “De Los Programas Gubernamentales Calificados como de Desempeño Insuficiente, y las Razones Administrativas y Presupuestarias que Explicarían su Resultado”, cuyo informe señala que

Constituye un hecho de público conocimiento la existencia, entre los años 2014 a 2017, de un conjunto de programas gubernamentales destinados a satisfacer necesidades públicas en diversos ámbitos, que no se ejecutaron [...] Respecto de otros, su desempeño ha sido absolutamente insuficiente, no obstante existir la correspondiente asignación de recursos públicos [...] Esto, sin duda, constituye un hecho de la máxima gravedad, desde el punto de vista de fe pública, que debe ser esclarecido por las instancias políticas y jurídicas competentes, en aras de promover una gestión eficiente y eficaz de la administración pública. (p.2)

En dicha instancia se verificaron 53 programas ejecutados entre los años 2014 y 2017 de desempeño insuficiente, de los cuales algunos contemplaban la entrega de subvenciones⁸⁵ para diversos fines que, de acuerdo a dichos resultados, no fueron logrados.

⁸² El artículo 1º, inciso segundo, del decreto N° 1.177, de 2003, del Ministerio de Hacienda –que reglamenta el funcionamiento del sistema de evaluación de programas establecido en el citado artículo 52–, dispone que “anualmente se efectuarán evaluaciones de programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo institucional incluidos en los presupuestos de los servicios públicos”, lo que se llevará a cabo, según su artículo 2º, en relación a dos líneas de evaluación: de programas gubernamentales y de impacto de Programas.

⁸³ El decreto con fuerza de ley N° 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que Fija Disposiciones por las que se Regirá la DIPRES, le encarga en su artículo 1º, entre otras, las funciones de realizar estudios a nivel nacional destinados a aumentar la eficiencia de la Administración Pública; proponer las soluciones pertinentes y asesorar en su aplicación; requerir, sistematizar y procesar, en la formulación del presupuesto anual, información acerca de los objetivos e indicadores de gestión, así como de evaluación de programas gubernamentales de los organismos y servicios regidos por el Título II de la LOCBGAE, promoviendo una mejor utilización de los recursos del Estado; y, realizar los estudios e investigaciones que considere necesarios para una mejor asignación y utilización de los recursos financieros del Estado, sean de ámbito nacional, regional o sectorial.

⁸⁴ Véase DIPRES. Evaluación de Programas e Instituciones. Recuperado de: <http://www.dipres.gob.cl/597/w3-propertyvalue-23076.html>

⁸⁵ Por ejemplo, los programas “Posicionamiento del deporte de alto rendimiento” (2014) del Instituto Nacional del Deporte; “Promoción Turística Internacional” (2016) del Servicio Nacional de Turismo; y, “Liderazgo Deportivo Nacional” (2017) del Instituto Nacional de Deportes.

2.2.3 Clasificación de las subvenciones

De lo expuesto en los apartados anteriores, y sin que se trate de un agotamiento en su formulación, es posible fijar los siguientes criterios para clasificar la subvención:

- i) Por su aplicación presupuestaria o naturaleza económica, puede ser corriente, para gastos de funcionamiento, o de capital, destinada al incremento de capital productivo⁸⁶.
- ii) Por su procedimiento de gestión, puede otorgarse como anticipo, para que el beneficiario realice una determinada actividad, o como reembolso, como consecuencia de la realización de los fines o condiciones de su otorgamiento.
- iii) Por su modo de atribución, puede definirse de modo nominativo, a persona determinada, o general, como un fondo global para ser distribuido.
- iv) Por su finalidad, puede estar afecta a diversos fines tales como seguridad ciudadana, fomento del deporte, funcionamiento de entidades, promoción social, desarrollo económico, entre otros.
- v) Por forma de disposición, puede constar en un acto administrativo o en un convenio de transferencia.
- vi) Por su destinatario, puede otorgarse a un organismo del sector público o a particulares⁸⁷.
- vii) Por su alcance, puede ser general o especial, según si pueden ser gozadas por todos quienes cumplan los requisitos señalados en la ley, encontrándose el Estado

⁸⁶ El decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda –que Determina Clasificaciones Presupuestarias–, fija los niveles de gasto contenidos en la LPSP, entre los que se contempla el subtítulo o la “Agrupación de operaciones presupuestarias de características o naturaleza homogénea, que comprende un conjunto de ítem”. Dentro de este, los respectivos gastos se enmarcan en los subtítulos 24, definidos como “los gastos correspondientes a donaciones u otras transferencias corrientes que no representan la contraprestación de bienes o servicios. Incluye aportes de carácter institucional y otros para financiar gastos corrientes de instituciones públicas y del sector externo” y 33, entendiéndose por tales “todo desembolso financiero, que no supone la contraprestación de bienes o servicios, destinado a gastos de inversión o a la formación de capital”.

⁸⁷ El decreto N° 854, de 2004, también fija la clasificación presupuestaria del receptor de la subvención a través del ítem o “motivo significativo de gasto”. Así, los subtítulos 24 y 33 consideran los ítems 01 Al Sector Privado; 02 Al Gobierno Central; 03 A Otras Entidades Públicas; 04 A Empresas Públicas no Financieras; 05 A Empresas Públicas Financieras; 06 A Gobiernos Extranjeros; y, 07 A Organismos Internacionales. Ello, sin perjuicio que la regulación específica autorice una imputación del gasto distinta de la referida, como por ejemplo la partida 05 capítulo 08 programa 01, de la Subsecretaría de Prevención del Delito, asignación 24-03-015 “Programas de Prevención en Seguridad Ciudadana”, cuya glosa 06, no obstante contemplarse en el ítem 03, habilita para “contratar o convenir, con entidades públicas o privadas, la ejecución de programas de prevención específicos”, en tanto que la partida 09 capítulo 09 programa 03, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, asignación 24-01-235 “Residencia Familiar Estudiantil”, en su glosa 05 consigna que comprende “Recursos para ser traspasado a entidades públicas o privadas para la ejecución del programa”, ambas de la LPSP para el año 2018.

obligado a otorgarlas, o bien si se otorgan para un objetivo determinado que un sujeto cumple (Soto Kloss, 1963, p.36).

- viii) Por su objeto, de acuerdo con la corriente que se siga, puede otorgarse en dinero o en especie, o consistir en otro beneficio económico⁸⁸.

2.2.4 Análisis presupuestario

En forma paralela a la discusión sobre la naturaleza jurídica, e incluso siendo esta la razón por la cual algunos autores justifican su escaso desarrollo académico, la subvención –entendida como una atribución patrimonial y, particularmente, un traspaso de fondos afectos a una finalidad determinada–, es una transferencia de recursos.

Desde la relación jurídica del gasto –aquella que surge con ocasión de la realización de un egreso por el ente público (Eleno Rodríguez, 1994, p. 52)–, el acto de la transferencia genera derechos y deberes para las partes, colocando al receptor de los recursos como su acreedor. Así, en primer término, es la Administración la obligada y, después, el beneficiario de la transferencia en cuanto a la aplicación de los fondos traspasados, lo que será controlado por aquella.

Conforme a lo anterior, la subvención origina un gasto. De esta manera, no difiere la actividad subvencional de las restantes actividades administrativas pero, a propósito de aquella, su configuración y tratamiento presupuestario adquiere relevancia por cuanto este es precisamente su aplicación concreta, ya que la subvención es, en sí misma, un egreso presupuestario⁸⁹. Incluso, ante la inexistencia de una ley que la regule en términos generales, muchas veces es la LPSP la que fija su marco normativo.

Sobre ello, todo presupuesto puede ser analizado desde dos puntos de vista: el contable y el programático.

⁸⁸ Para Soto Kloss (1963) estas consisten en modalidades de la subvención, a las que añade las “subvenciones en exenciones” en las cuales el Estado no desembolsa recursos sino que deja de percibir ciertas sumas que le corresponderían por derechos o impuestos (pp.34-35). También reconocen a la exención como un tipo de subvención Gallo Feliú y Miranda Cerda (1963), quienes fijan como condiciones de su procedencia que el beneficiario actúe como delegado del Estado, que se otorgue en razón de la actividad que se realice y que esta cumpla con una necesidad social o pública (pp.26 y 32-33).

⁸⁹ En el derecho comparado –Francia y Common Law–, la actividad de fomento, y en particular la subvención, no se configura como actividad administrativa sino como un instrumento contable-financiero (García Machmar, 2011, pp.42-47).

Contablemente, el presupuesto es una estimación de ingresos y gastos para un período preestablecido. Los valores que contiene no son fijos, ya que corresponden a una planificación de lo que se prevé obtener en una época determinada y, en relación a ello, se distribuye el egreso que se espera realizar.

Desde otra perspectiva, es un instrumento programático, que refleja decisiones y políticas a nivel de gasto. En efecto, ahí donde están las áreas que se pretende incentivar es donde se colocarán los recursos que aquel comprende, constituyéndose en una herramienta de planificación financiera. Como señala Pallavicini Magnère (2015)

[...] en la Ley de Presupuestos se plasman las prioridades estratégicas del Presidente de la República y del Parlamento para un año fiscal determinado, en función de los fines del Estado, la promoción del bien común, y de la Administración del Estado en particular –la satisfacción de las necesidades colectivas de manera regular y continua–. (p.149)

En el mismo sentido, el TC ha referido que la LPSP “Es, en definitiva, la herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas”. (STC, Rol N° 254, 2004, considerando18°)

A nivel público, el presupuesto nacional se enmarca en el Sistema de Administración Financiera del Estado, del que forman parte los entes enunciados en el artículo 2° de la LOAFE, los que, para esos efectos, integran el Sector Público⁹⁰. Se incluyen en este precepto el Poder Judicial, el Congreso Nacional, la CGR, los Ministerios y, en general, todos los servicios e instituciones de la Administración centralizada y descentralizada del Estado⁹¹.

⁹⁰ Como notas peculiares, no solo organismos de naturaleza pública se encuentran en el listado que esa norma fija, ya que también lo integran entidades privadas como el Servicio de Cooperación Técnica y la Corporación Nacional Forestal y, por otra parte, no todo ente público lo conforma, excluyéndose del mismo a las universidades públicas desde que el decreto ley N° 3.529, de 1980, las eliminara de la señalada enumeración.

⁹¹ En este sentido, se comprenden en él todas las unidades que no tienen autonomía orgánica ni patrimonial respecto de las consignadas en esa disposición y que, por tanto, constituyen órganos dentro de aquellas. Así lo dispuso la CGR en su dictamen N° 13.061, de 2013, en relación a la integración del Hospital Militar, de la Central Odontológica del Ejército, de la Dirección de Sanidad de la Armada, del Hospital de la Fuerza Aérea de Chile y del Hospital Base Aérea El Bosque, atendida su pertenencia a las Fuerzas Armadas y la dependencia de estas al Ministerio de Defensa Nacional.

A continuación, el artículo 11 de la aludida preceptiva lo define como “una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”⁹².

En dicha conceptualización se observan los aspectos contables y de programación que se mencionaron, los que también se reconocen en los artículo 3^o⁹³ y 5^o⁹⁴ de la misma LOAFE, que lo proclaman como la expresión financiera de los planes y programas del Estado a través del establecimiento de las prioridades y asignación de recursos.

Sobre sus características procedimentales, la LPSP cuenta con una regulación primaria de carácter constitucional, disponiendo el artículo 67, inciso primero, de la CPR que

El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

Seguidamente, en relación con la tramitación legislativa, su inciso segundo establece que el Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos contenidos en el mencionado proyecto, sino solo reducir los gastos, salvo los establecidos por ley permanente.

Como señala Pallavicini Magnère (2015) a propósito del principio de competencia, el Texto Constitucional reparte las competencias presupuestarias entre los órganos colegisladores, buscando un equilibrio político entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, correspondiéndole al

⁹² Asociado a dicha estimación, los artículos 17 y 19 de la LOAFE fijan que “El cálculo de entradas del presupuesto debe contener una proyección del rendimiento del sistema de ingresos públicos, agrupados por conceptos significativos” y que “Los presupuestos de gastos son estimaciones del límite máximo a que pueden alcanzar los egresos y compromisos públicos”, respectivamente.

⁹³ “El presupuesto, la contabilidad y la administración de fondos estarán regidos por normas comunes que aseguren la coordinación y la unidad de la gestión financiera del Estado. Asimismo, el sistema de administración financiera deberá estar orientado por las directrices del sistema de planificación del Sector Público y constituirá la expresión financiera de los planes y programas del Estado”.

⁹⁴ “El sistema presupuestario estará constituido por un programa financiero de mediano plazo y por presupuestos anuales debidamente coordinados entre sí. Tanto en el programa financiero como en el presupuesto se establecerán las prioridades y se asignarán recursos globales a sectores, sin perjuicio de la planificación interna y de los presupuestos que corresponda cobrar a los servicios integrantes”.

primero la elaboración del proyecto y su posterior ejecución, mientras que al segundo su aprobación y el control posterior de la ejecución presupuestaria⁹⁵ (p.64).

No obstante ello, de la normativa constitucional financiera se sigue que es el Presidente de la República la máxima autoridad en el manejo de las finanzas nacionales⁹⁶, con una fuerte preponderancia de su rol en el sistema presupuestario⁹⁷.

Luego, como lo ha señalado el TC, la LPSP es una ley (STC, Rol N° 254, 2004, considerando 18°, y Rol N° 1.867, 2010, considerando 26°), y en cuanto a su contenido se observan uno de tipo presupuestario y otro normativo.

Sobre el primero, indica el aludido artículo 11 de la LOAFE que se compone por la estimación financiera de los ingresos y gastos del Sector Público.

Sobre el reconocimiento del gasto, señala García Machmar (2011) que “se necesita de la norma presupuestaria que haga operativa la norma sustantiva al autorizar el gasto necesario para su cumplimiento” (p.177).

⁹⁵ Por ejemplo, el que se ejerce a través de los deberes de información contemplados en diversas glosas de la LPSP, sobre las que el TC ha declarado que “sólo busca que el Congreso pueda conocer la forma en que el Ejecutivo está ejecutando el gasto y asegurarse de que esa ejecución sea concordante con lo que aprobó en su momento” (STC, Rol N° 1.867, 2010, considerando 40°).

⁹⁶ El TC ha analizado el rol presidencial en materia de administración financiera del Estado, señalando que “como se aprecia de la evolución constitucional reseñada, ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado [...] como consecuencia de que al Presidente se le encarga el gobierno y la Administración del Estado (artículo 24, Constitución), el Ejecutivo goza de enormes poderes respecto de la Ley de Presupuestos. Por de pronto, a él le corresponde prepararlo y ejecutarlo. El Congreso sólo interviene en su aprobación. Enseguida, dicha fase de aprobación es restringida, por una parte, porque hay asuntos que ni siquiera van a discusión al Congreso, como la estimación del rendimiento de los recursos. Por la otra, porque el Congreso no puede más que aceptar, disminuir o rechazar lo que el Presidente le proponga. Y no puede reducir los gastos establecidos en leyes permanentes. Asimismo, si el Congreso aprueba un gasto desfinanciado, al promulgar la ley el Presidente puede reducir proporcionalmente los gastos que no cuenten con el debido financiamiento. Finalmente, el Congreso tiene un plazo limitado para su análisis: sesenta días desde su presentación” (STC, Rol N° 1.867, 2010, considerandos 12° y 26°).

⁹⁷ Además de las facultades en la formación del presupuesto, le corresponde, con iniciativa exclusiva, la formulación de los proyectos que tengan por objeto, entre otros: imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión; crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado, suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones; y, contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos (CPR, artículo 65, inciso cuarto, N°s. 1, 2 y 3).

Por su parte, el contenido normativo se subdivide en dos tipos de regulaciones: un articulado relativo a materias tales como autorizaciones o prohibiciones de gasto, normas de personal, obligaciones de información, entre otras⁹⁸, y las glosas⁹⁹, reguladoras de la inversión de los fondos públicos.

Estas últimas disposiciones, las glosas, son otro de los conceptos escasamente tratados en la doctrina, tal vez por la implicancia financiera en que aparecen o por la premura con que debe verificarse la aprobación de la LPSP, pero de rasgos relevantes.

En efecto, como señala Pallavicini Magnère (2011) mediante glosas muchas veces se altera o exceptúa el régimen normativo permanente u otras se constituyen en un medio de supervigilancia a través de la imposición de ciertas obligaciones, como las de información sobre el uso y destino de los fondos (pp.213-215). Asimismo, se ha permitido la inclusión de glosas a través de decretos de flexibilidad presupuestaria que dispongan transferencias a los subtítulos 24 y 33¹⁰⁰ –precisamente, aquellos que contemplan los fondos que consisten en subvención–, que podrán fijar, vía decreto presidencial, regulaciones sustantivas sobre los recursos de que tratan¹⁰¹.

En lo relativo a la subvención, puede estar determinada en una preceptiva de carácter permanente, en cuyo caso la LPSP dispondrá su contenido financiero, fijando el máximo autorizado a transferir. Así ocurre, por ejemplo, con la subvención educacional del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998 –que regula, entre otros asuntos, tipos de gastos a que puede destinarse, requisitos para impetrarla, montos, infracciones y sanciones–, mientras que la partida 09 correspondiente al Ministerio de Educación, a través de la Subsecretaría de Educación, establece los componentes económicos que comprende.

⁹⁸ Muchas de estas disposiciones, contenidas año a año en la LPSP, han dado origen a preceptivas permanentes. Por ejemplo, el artículo 3° de la ley N° 19.896, que Introduce Modificaciones al decreto ley N° 1.263, de 1975, y Establece Otras Normas sobre Administración Presupuestaria y de Personal, fija las normas sobre gastos en materia de publicidad y difusión que aquellas contenían.

⁹⁹ De acuerdo a Boeninger Kausel (2010) “Las glosas son condicionantes o especificaciones que se agregan en el texto de la ley a uno o más ítems de gasto” (p.218).

¹⁰⁰ “En los decretos que contengan transferencias, hayan sido dispuestas en esta ley o se creen en virtud del artículo 26 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, con imputación a los ítems 01, 02 y 03, de los Subtítulos 24, Transferencias Corrientes, y 33, Transferencias de Capital, de este presupuesto, para los órganos y servicios públicos, se podrá indicar el uso o destino que la institución receptora deberá dar a los recursos, las condiciones o modalidades de reintegro de los mismos y la información que respecto de su aplicación deberá remitirse al organismo que se determine. Con todo, los saldos de recursos transferidos en el ejercicio anterior, no utilizados por los organismos receptores y que deban ser reintegrados, deberán ser ingresados a Rentas Generales de la Nación” (LPSP para el año 2018, artículo 7°, inciso primero).

¹⁰¹ Señala Pallavicini Magnères (2015) que “es frecuente que los decretos de modificación presupuestaria que asignan mayores recursos a un determinado servicio u organismo –disminuyendo los dineros de otras reparticiones, típicamente del Tesoro Público– especifiquen el uso o destino que debe darse a los mismos. En tales casos, el Ministerio de Hacienda puede modificar las glosas originales de la ley estableciendo requisitos o condiciones adicionales para el gasto que se va a realizar con cargo a los fondos suplementados, en la medida que esos requisitos o condiciones complementen su contenido originario. No es posible que elimine o disminuya esas exigencias” (p.388).

En otros casos, ante falta de una regulación específica, la LPSP, además de la fijación máxima de gasto, principalmente mediante glosas regulará el aspecto sustantivo de la subvención o las directrices para su ejecución. Por ejemplo, la LPSP para el año 2018, en el número 2.1 de la glosa 02 –común para todos los programas 02 de los Gobiernos Regionales y para el programa 03 del Gobierno Regional de Magallanes y Antártica Chilena–, regula la subvención que dichos entes pueden conceder para financiar actividades culturales, deportivas, del Programa Elige Vivir Sano, de seguridad ciudadana, de carácter social y de prevención y rehabilitación de drogas, y de protección del medio ambiente y educación ambiental, estableciendo: porcentaje máximo a distribuir, sujetos beneficiarios, normas sobre rendición de cuentas, contenido de las bases concursales y regulación del procedimiento de asignación, entre otros aspectos.

Como puede observarse, la regulación del gasto público y, por cierto, de la subvención, determina el ámbito de acción de la Administración en su otorgamiento, ejecución y control, debiendo reiterarse lo referido sobre principio de legalidad del gasto que la rige. Como define Pallavicini Magnère (2015), importa que “los integrantes del Sector Público deben atenerse a las disposiciones legales que regulan el gasto público y, entre ellas, a las que rigen los presupuestos del sector público” (p.46).

A su vez, la CGR ha precisado que

[...] acorde con el principio de legalidad del gasto que inspira la gestión de los entes del Estado, emanado de los artículos 6°, 7° y 89 de la Constitución Política y 56 de la ley orgánica N° 10.336 de esta Entidad Fiscalizadora, los servicios públicos deben actuar con estricta sujeción a las atribuciones que la ley les confiere, siendo pertinente añadir que, en el orden financiero deben atenerse a las disposiciones legales que regulan el gasto público y, entre ellas, a las que rigen los presupuestos del sector público, de modo que todo egreso que se autorice debe precisar su fuente de financiamiento [...] Enseguida, es dable anotar que en relación con la administración de los fondos públicos, la jurisprudencia uniforme de este Organismo de Control ha precisado que los recursos financieros que se encuentran a disposición de los entes del Estado deben destinarse exclusivamente al logro de sus objetivos propios fijados tanto en la Carta Fundamental como en sus leyes orgánicas, y administrarse de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa que regula la administración financiera del Estado, contenida en el decreto ley N° 1.263, de 1975, las leyes anuales de presupuestos y los demás textos

legales que regulan materias financieras. (Dictámenes N°s. 43.605, de 2003; 65.143, de 2009; 76.133, de 2013; 3.440, de 2017; y 12.550, de 2018)

Como se indicó, la base normativa de este principio se encuentra en los artículos 6° y 7° de la CPR. Luego, su vertiente financiera se consagra en los artículos 100¹⁰² de la Carta Fundamental y 56¹⁰³ de la LOCCGR.

Del marco jurídico descrito se desprenden una serie de consecuencias que operan desde dicho postulado. Señala Pallavicini Magnére (2015)

[...] si bien la Ley Financiera es una norma habilitante del gasto, también establece importantes límites a la gestión: (1) los recursos deben ser gastados única y expresamente en los rubros previstos en la ley, esto es, en la finalidad específica prevista (especialidad cualitativa); (2) aunque la finalidad específica esté prevista por la ley, no es posible que el ejecutor exceda los montos máximos que la Ley de Presupuestos previene para ese concepto (especialidad cuantitativa), y (3) el gasto debe ejecutarse durante el ejercicio presupuestario que le dio origen (especialidad temporal). (p.229)¹⁰⁴

Es importante considerar las referidas limitaciones así como la normativa jurídico-financiera general que rige la subvención, ya que, como precisa De la Riva (2004), la sola inclusión en la ley

¹⁰² “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago”.

¹⁰³ “Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse. Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los pagos que la Ley Orgánica de Presupuestos exceptúa de dichos requisitos”.

¹⁰⁴ Pocas excepciones escapan a las restricciones enunciadas. Entre ellas, los denominados ítems excedibles y los compromisos de inversión. Los primeros se disponen en virtud del artículo 28 de la LOAFE que señala “El Ejecutivo podrá ordenar pagos, excediéndose de las sumas consultadas en los rubros correspondientes, en los casos que a continuación se indican: 1.- Para el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas dictadas por autoridad competente. 2.- Para devolver impuestos, contribuciones y derechos que el Estado deba reintegrar por cualquier causa. 3.- Para atender el servicio de la deuda pública. 4.- Para pago de jubilaciones, pensiones y montepíos y, en general, gastos de previsión social. Los excesos a que se refiere el inciso precedente, deberán ser financiados con reasignaciones presupuestarias o con mayores ingresos”, además de otros que determina la LPSP, como ocurre con las transferencias para atender situaciones de emergencia dispuestas en la partida 05 capítulo 10 programa 01, Subsecretaría del Interior, asignación 33-03-001. Sobre los compromisos de inversión, el artículo 19bis, inciso primero, de la LOAFE, establece que “Los contratos de estudios para inversiones, de ejecución de obras y de adquisición de materiales y maquinarias, podrán celebrarse para que sean cumplidos o pagados en mayor tiempo que el del año presupuestario o con posterioridad al término del respectivo ejercicio. En estos casos, podrán efectuarse en el año presupuestario vigente, imputaciones parciales de fondos”, sin perjuicio que, como añade su inciso tercero, “no podrá pactarse el pago de todo o parte de su valor o precio en un plazo que exceda del ejercicio presupuestario en que se deba poner término al estudio, proyecto u obra contratado, en una forma distinta a la que resulte de relacionar los pagos con el avance efectivo de la ejecución de los mismos, o cualquier otra forma de pago diferido”.

financiera no satisface el principio de legalidad (p.222), por cuanto, a lo menos la competencia de administrar fondos públicos debe estar fijada respecto del órgano de que se trate.

CAPÍTULO III

LA SUBVENCIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY N° 20.032 COMO FORMA DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Corresponde a este capítulo conjugar el análisis sobre el servicio público y la subvención. Como se postuló inicialmente, se pretende demostrar que la subvención examinada tiene por objeto no solo incentivar una actividad ejecutada por el sector privado, sino también constituirse en una modalidad por la cual el Estado gestiona un servicio, de modo indirecto, mediante una transferencia de recursos estructurada bajo dicha figura de fomento.

Para ello, se ha tenido a la vista el régimen contemplado en la ley N° 20.032. Así, en primer término, se efectuará una reseña histórica sobre los orígenes del SENAME y su regulación orgánica. Luego, se abordará el sistema subvencional que contempla esa preceptiva y su reglamento a través del análisis del concepto funcional de servicio público, sus características, la tutela administrativa que el Estado ejerce sobre aquel y sus concomitancias con otras figuras de gestión indirecta.

Bajo dichos parámetros, se buscará determinar si es posible sostener que la subvención de que se trata es, en definitiva, un mecanismo mediante el cual la Administración Pública gestiona el servicio relacionado con la protección a NNA.

3.1 Servicio Nacional de Menores

3.1.1 Orígenes históricos

El SENAME fue creado por el decreto ley N° 2.465, de 1979, que también fija el texto de su ley orgánica. Consignan sus considerandos 2° a 4°

[...] 2°.- Que dicha declaración implica el deber del Estado de auxiliar a los menores de edad integrantes del grupo familiar, especialmente si se encuentran en situaciones que pongan en peligro su desarrollo normal, integral y no puedan ser solucionadas por la persona que tenga la obligación de su tuición; 3°.- Que, aun cuando el Consejo Nacional

de Menores fue creado para cumplir esa función, la experiencia ha demostrado que el sistema existente adolece de numerosos vacíos e imperfecciones, que le han restado eficacia en algunos campos e impedido actuar en otros, y 4°.- Que, para corregir esta situación, se considera necesario modificar la actual estructura del Consejo Nacional de Menores, a fin de crear un nuevo organismo con atribuciones operativas que permita la atención, por sí o por otras instituciones, de los menores cuya guarda y defensa se encuentren alteradas o en peligro de estarlo, mediante la aplicación de los diversos sistemas de asistencia, protección y rehabilitación que establezcan las leyes.

Como refiere, su antecesor fue el Consejo Nacional de Menores¹⁰⁵, creado por la ley N° 16.520 –cuyo texto definitivo fue fijado por la ley N° 16.618 de Menores–, como una persona jurídica de derecho público

[...] encargada de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o privados, que presten asistencia y protección a los menores en situación irregular [...] constituirá un servicio público funcionalmente descentralizado, se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia, y quedará sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República”. (Ley N° 16.520, artículo 1°, incisos primero y tercero)

El antecedente previo a la creación del aludido Consejo Nacional, se encuentra en la ley N° 4.447, cuyos artículos 4° y 5° crean la Dirección General de Protección de Menores¹⁰⁶ –que luego pasó a denominarse de Protección a la Infancia y Adolescencia–¹⁰⁷, desempeñada por un director, al que

¹⁰⁵ Le correspondía especialmente “propiciar: a) Acciones preventivas de las situaciones irregulares en los menores; b) Medidas de asistencia y protección para atender las diversas formas de irregularidad que puedan sufrir los menores y, principalmente, las sustitutivas, cuando sus medios familiares adolezcan de deficiencias o no existan; c) La supresión de la vagancia y la mendicidad de los menores, y d) La unificación definitiva de la legislación sobre menores, se encuentren o no en situación irregular” (Ley N° 16.520, artículo 1°, inciso segundo).

¹⁰⁶ De acuerdo al reglamento de dicha ley, tiene por función “atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores abandonados, delincuentes o en peligro moral o material”, para lo cual “tratará por todos los medios a su alcance de conocer todos aquellos casos en que circunstancias desfavorables comprometan el porvenir de los menores, a fin de protegerlos eficazmente mediante las medidas de previsión, reeducación o asistencia que la Ley autoriza, o ejerciendo su acción educativa respecto de los padres, guardadores u otras personas que les tengan a su cargo”; “constituye un Departamento Técnico del Ministerio de Justicia”; y, “supervigilará el cumplimiento de la Ley en conformidad al artículo 4.° de ella, designando su representante en cada capital o departamento. En caso de que no haya designado representante especial la supervigilancia se ejercerá por los respectivos Defensores de Menores” (Decreto N° 2.531, 1928, del entonces Ministerio de Justicia).

¹⁰⁷ Modificación dispuesta por el decreto N° 2.201, de 1949, del entonces Ministerio de Justicia, que fijó el texto definitivo de la ley N° 4.447 –bajo el nombre de Ley sobre Protección de Menores–.

se le encargó la supervigilancia de su cumplimiento¹⁰⁸ y fijan la existencia de un Consejo Consultivo, presidido por aquel. Seguidamente, su artículo 6° dispuso la existencia de las Casas de Menores, destinadas a recibir a estos cuando sean detenidos o deban comparecer ante el juez.

Las Casas de Menores fueron reguladas a través del decreto N° 2.531 de 1928, del entonces Ministerio de Justicia, que contenía el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Protección de Menores, y posteriormente reconocidas junto a las Instituciones Asistenciales, en el Título IV¹⁰⁹ de la ley N° 16.618. Sobre aquellas, indicó su artículo 51, inciso segundo¹¹⁰, que

Las Casas de Menores tendrán dos secciones totalmente separadas. En una de ellas, ingresarán los menores que hubieren cometido hechos constitutivos de crimen, simple delito o falta, permaneciendo en ella hasta que el Juez resuelva acerca de su discernimiento y adopte una resolución a su respecto. En la otra, que se denominará Centro de Observación, Tránsito y Distribución, ingresarán los menores que sólo necesiten asistencia y protección, debiendo permanecer en ella mientras se adopte alguna medida que diga relación con ellos.

3.1.2 Convención sobre los Derechos del Niño

Fundamento basal sobre el que se configura el sistema del SENAME es la CDN, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada y promulgada por el Estado de Chile mediante el decreto N° 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁰⁸ Conforme a la ley N° 14.907, que Fijó el texto definitivo y refundido de la ley N° 4.447, con las modificaciones introducidas por la ley N° 14.550, dicho rol de supervigilancia luego correspondió al Director General del Servicio Nacional de Salud.

¹⁰⁹ El artículo 3°, inciso primero, del decreto N° 730, de 1996, del entonces Ministerio de Justicia, que aprobó el reglamento para su aplicación, dispuso que “Las Casas de Menores a que se refiere el artículo 51 de la Ley N° 16.618, funcionarán a través de los Centros de Tránsito y Distribución y de Observación y Diagnóstico”. A continuación, su artículo 6° señalaba que “Los Centros podrán ser administrados por el Servicio Nacional de Menores de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° N° 4 del Decreto Ley N° 2.465, de 1979, que fija su ley orgánica”.

¹¹⁰ Artículo reemplazado por el artículo 1°, letra c), de la ley N° 19.343, por el siguiente “Para los efectos de esta ley, se crearán Casas de Menores. Estas funcionarán a través de dos centros independientes y autónomos entre sí. Uno de ellos, denominado Centro de Tránsito y Distribución, atenderá a los menores que requieran de diagnóstico, asistencia y protección, mientras se adopta alguna medida que diga relación con ellos. El otro, que se denominará Centro de Observación y Diagnóstico, estará destinado a acoger a los menores que hubieren cometido hechos constitutivos de crimen o simple delito, los que permanecerán en él hasta que el juez adopte una resolución a su respecto o resuelva acerca de su discernimiento. Con todo, estos menores podrán ser atendidos en el Centro de Tránsito y Distribución, cuando no proceda su privación de libertad”.

Su artículo 4° establece

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Para el presente trabajo, es relevante destacar que los Estados Partes asumen obligaciones –en el marco del reconocimiento de la familia como grupo fundamental de la sociedad, del reconocimiento de la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad y de los principios de no discriminación y de interés superior del niño–, en orden a otorgar a los NNA protección contra los malos tratos¹¹¹, llevar a cabo una evaluación periódica de su internación¹¹² y propender a su recuperación y reintegración social¹¹³.

Conforme a ello, el establecimiento de un sistema de protección de los NNA es una obligación para el Estado de Chile.

3.1.3 SENAME

El SENAME fue creado por el decreto ley N° 2.465, de 1979, cuyo artículo 1°, inciso primero, preceptúa

¹¹¹ “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial” (CDN, artículo 19).

¹¹² “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación” (CDN, artículo 25).

¹¹³ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (CDN, artículo 39).

Créase el Servicio Nacional de Menores como un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, de conformidad al artículo 2° de esta ley. Para dicho efecto, corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados.

Sus funciones se describen en artículo 3°¹¹⁴ del aludido decreto ley y su regulación orgánica se contempla en sus artículos 4° y siguientes¹¹⁵.

Se desprende de la enunciada preceptiva, así como se observa de su desarrollo histórico, que dos son las áreas de competencia del SENAME, una relacionada con los NNA vulnerados en el ejercicio

¹¹⁴ “En especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá: 1.- Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores indicados en el artículo anterior. 2.- Proponer al Ministerio de Justicia planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan a dichos menores, con el fin de obtener su desarrollo integral, sugiriendo metas y prioridades de acuerdo con las necesidades nacionales y regionales. 3.- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que éstos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten. 4.- Crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente. En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta. 5.- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia. 6.- Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley. 7.- Proporcionar, cuando procediere, ayuda técnica, material o financiera a las instituciones públicas y privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos del Servicio. 8.- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento. 9.- Efectuar la coordinación técnico-operativa de las acciones que, en favor de los menores de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas. 10.- Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. 11.- Informar, cuando lo disponga el Ministerio de Justicia, sobre la procedencia o conveniencia de conceder o cancelar la personalidad jurídica, o de modificar los estatutos, de las entidades de asistencia o protección de los menores a que se refiere el artículo 1°. 12.- Auspiciar y organizar cursos permanentes o temporales, sobre materias de su competencia, para capacitar a padres de familia, Juntas de Vecinos u otras organizaciones comunitarias y a personal de establecimientos públicos y privados, como asimismo congresos y seminarios a nivel regional, nacional o internacional. En el caso de congresos y seminarios de carácter internacional, deberá contar con la autorización previa del Ministerio de Justicia. 13.- Propiciar y realizar permanentemente estudios e investigaciones relacionados con los problemas del menor, en materias de su competencia. 14.- Recopilar y procesar la información y estadística que fueren necesarias sobre menores, sistemas asistenciales que se les aplican e instituciones que los atienden”.

¹¹⁵ Conformada por la Dirección Nacional, con sede en la ciudad capital del país, y por Direcciones Regionales. Asimismo, se contempla la existencia de un Comité Consultivo, de carácter asesor, formado por cinco representantes de instituciones reconocidas como colaboradoras del Servicio, de los cuales tres corresponderán a entidades privadas.

de sus derechos y otra relativa a la custodia y reinserción social de aquellos que han infringido la ley penal. Dichos ámbitos se dividen en tres temáticas de intervención –adopción, protección de derechos y justicia juvenil (SENAME, 2018)–, asociándose a cada una de ellas sus distintas líneas de acción¹¹⁶.

3.1.4 Entidades colaboradoras

Las entidades colaboradoras ya se contemplaban en la ley N° 16.618, cuyo texto original entregaba al Consejo Nacional de Menores la función de reconocer dicha calidad a las personas jurídicas privadas que cooperaban con el cumplimiento de sus finalidades y suspenderles este reconocimiento (Ley N° 16.618, artículo 3°, letra g).

Luego, el artículo 1°, inciso segundo, del decreto ley N° 2.465, de 1979, fijaba como función del SENAME la de “estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven con sus funciones”, definiendo estas, en su inciso segundo, como “todas aquellas que, reconocidas o no como colaboradoras según lo dispuesto en el artículo 13, presten asistencia o protección a los menores de que trata esta ley”.

Al respecto, el artículo 4°, número 1), de la ley N° 20.032, indica que se entenderá por colaboradores acreditados

[...] las personas jurídicas sin fines de lucro que, con el objeto de desarrollar las acciones a que se refiere el artículo anterior, sean reconocidas como tales por resolución del Director Nacional del SENAME, en la forma y condiciones exigidas por esta ley y su reglamento. Las personas naturales podrán ser reconocidas como colaboradores acreditados, para el solo efecto de desarrollar la línea de acción de diagnóstico, en conformidad con el procedimiento dispuesto en el inciso anterior. Las instituciones públicas que ejecuten o entre cuyas funciones se encuentre desarrollar acciones relacionadas con las materias de que trata esta ley, no requerirán de dicho reconocimiento.

¹¹⁶ “El SENAME podrá subvencionar, conforme a las disposiciones de la presente ley, las actividades desarrolladas por los colaboradores acreditados relativas a las siguientes líneas de acción: 1) Oficinas de protección de los derechos del niño, niña y adolescente; 2) Centros Residenciales; 3) Programas, y 4) Diagnóstico” (Ley N° 20.032, artículo 3°).

El reconocimiento como colaborador acreditado y su inscripción en el registro a que alude el artículo 4º, número 2)¹¹⁷, de la ley N° 20.032, corresponde al Director Nacional del SENAME luego de la verificación de los requisitos que exige esa norma legal y su reglamento –contenido en el decreto N° 841, de 2005, del entonces Ministerio de Justicia–, conforme al procedimiento que esas regulaciones describen¹¹⁸.

La principal característica de dicho reconocimiento, es el rol con que opera en la administración de las subvenciones, ya que solo la inscripción en esa calidad dará derecho a su percepción¹¹⁹.

En cuanto a sus deberes, derivan de la específica línea de acción en que resulte adjudicada la entidad colaboradora. En ese sentido, si bien, tanto la ley N° 20.032 como su reglamento fijan el marco jurídico general que rige a cada una de ellas, estableciendo las reglas de selección y los derechos y obligaciones aplicables a los colaboradores, su definición particular queda entregada a las bases de licitación y a los convenios que al respecto se suscriban.

3.2 La subvención del SENAME en el marco de la ley N° 20.032

El artículo 23, inciso primero, del decreto N° 841, de 2005, define a la subvención¹²⁰ de que trata como

[...] el auxilio económico que se traduce en una transferencia de fondos que salen del patrimonio fiscal incorporándose al del ente receptor, sin cargo de la institución, para

¹¹⁷ Define el “Registro de colaboradores acreditados y proyectos” como un “sistema de información acerca de la red de colaboradores acreditados del SENAME que contendrá los antecedentes a que se refiere el artículo 4º de la ley N° 19.862 y su reglamento y adicionalmente los resultados obtenidos por cada proyecto en la evaluación de desempeño”.

¹¹⁸ Véase el Título II “De los colaboradores acreditados” de la ley N° 20.032 y el Título I “Del Reconocimiento de los Colaboradores Acreditados” de su reglamento.

¹¹⁹ Al respecto, disponen los artículos 6º y 9º del decreto N° 841, de 2005, que “El reconocimiento como colaborador acreditado y el ingreso al registro a que se refiere el artículo 4, N° 2, de la ley habilitará para participar en los llamados a concurso de proyectos que convoque el SENAME de acuerdo a lo señalado en el Título II del presente Reglamento” y que “Los colaboradores acreditados que hayan suscrito convenio con el SENAME, tendrán derecho a percibir el monto de la subvención que corresponda a la línea de acción que ejecuten, de acuerdo con lo previsto en el título IV de la ley y de este reglamento. Asimismo, tendrán derecho a recibir orientación técnica del Servicio en conformidad al inciso 1º del artículo 1 del D.L. N° 2.465, de 1979”, respectivamente.

¹²⁰ De acuerdo al artículo 29, inciso primero, de la ley N° 20.032, “Para efectuar el llamado a concurso, el SENAME determinará el monto de la subvención ofrecido por cada línea de acción subvencionable, según los siguientes criterios: 1) La edad de los niños, niñas y adolescentes y la discapacidad que éstos pudieren presentar; 2) La complejidad de la situación que el proyecto pretende abordar; 3) La disponibilidad y costos de los recursos humanos y materiales necesarios considerando la localidad en que se desarrollará el proyecto, y 4) La cobertura de la atención”. Se calcula en base a la Unidad de Subvención SENAME (USS), la que tiene un valor nominal de \$10.000, reajutable en el mes de enero de cada año en el porcentaje de variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor durante el año precedente, conforme regula su artículo 32.

ser utilizados en los objetivos prefijados por la ley. Tratándose de colaboradores acreditados que sean personas naturales o jurídicas de derecho privado, tales recursos quedarán desafectados de su naturaleza de públicos, adquiriendo la calidad de particulares

Contiene el concepto transcrito los elementos que se observaron en el capítulo anterior, siendo indiscutido que esa transferencia de fondos públicos tiene el carácter de subvención.

Reconociendo dicho carácter, la CGR ha señalado que

[...] se trata de un auxilio económico que consiste en una transferencia de fondos que sale del patrimonio del Fisco y se incorpora al del ente receptor, sin cargo de restitución por parte de este último, siendo pertinente añadir, en este aspecto, que si bien, tratándose de instituciones colaboradoras privadas, como ocurre con la entidad recurrente, tales caudales quedan desafectados de su naturaleza de públicos, ello no significa que pueda utilizarlos libremente, sino que, por el contrario, debe invertirlos en la atención a los menores, a la cual está afectada dicha ayuda financiera de conformidad a la ley (Dictámenes N°s. 32.048, de 1995, y 9.438, de 2009).

Al respecto, confluyen en la preceptiva analizada tanto su carácter voluntario, incluida la necesidad de aceptación de la misma, como sus elementos –objeto, atribución patrimonial; sujetos, SENAME y entidad colaboradora; y, destino a una actividad determinada con una finalidad de bien común, proporcionar de forma estable, a los NNA separados de su medio familiar, alojamiento, alimentación, abrigo, recreación, estimulación precoz, apoyo afectivo y psicológico, asegurando su acceso a la educación, salud y a los demás servicios que sean necesarios para su bienestar y desarrollo (Decreto N° 841, de 2005, artículo 28, letra b)–, y las características propias de la actividad de fomento.

En ese sentido, el artículo 65, incisos primero y segundo, del decreto N° 841, de 2005, establece que la subvención transferida por el SENAME a sus colaboradores acreditados

[...] deberá ser destinada al cumplimiento de las actividades y al sujeto de atención contemplado en los artículos 3° y 5° de la ley N° 20.032 y a los objetivos de los respectivos proyectos. La supervisión financiera al gasto de la subvención se orientará a verificar el cumplimiento de los objetivos del proyecto. La subvención fiscal deberá ser

destinada por los colaboradores acreditados al financiamiento de aquellos gastos que origina la atención de los niños, niñas y adolescentes, tales como remuneraciones y otros beneficios legales del personal, alimentación, vestuario, educación, salud e higiene, deportes y recreación, consumos básicos, mantenciones y reparaciones de inmuebles e instalaciones y, en general, todos aquellos gastos de administración u otra naturaleza que se efectúen con motivo de las actividades que desarrollen para la atención de ellos y la ejecución de los proyectos aprobados por el SENAME¹²¹.

Lo expuesto es suficiente para argumentar que la subvención en análisis forma parte de la actividad de fomento del Estado. Sin embargo, observando la realidad en que se inserta ¿puede considerarse también como una fórmula de gestión de servicio público, desarrollada a través de los privados receptores de los fondos públicos que la integran?

3.2.1 Concepción funcional de servicio público

Aquel concepto que identifica al servicio público con la estructura orgánica de carácter administrativo que lo presta, quedó superado por la realidad misma de la función estatal. En la actualidad, la noción que radica en la actividad prestacional, que satisface necesidades de interés general y que se rige por un estatuto de carácter público, aparece como el marco en que se encuadra la configuración moderna de dicha actividad administrativa.

Por lo mismo, diversas figuras de prestación a través de privados son reconocidas bajo su definición, lo que permite avanzar frente al primer obstáculo que supone la naturaleza jurídica de las entidades colaboradoras, que es ser en su mayoría personas jurídicas sin fines de lucro de derecho privado.

No obstante lo anterior, carece su regulación de un elemento que diferencia al servicio público de otros modelos, y que se refiere a la atribución de competencia conocida como *publicatio*. Tampoco se encuentran las entidades colaboradoras en el que se podría definir como el segundo nivel de

¹²¹ Precizando sobre el destino de la subvención, la CGR ha dictaminado que pueden admitirse como gastos financiables con cargo a la subvención contemplada en la ley N° 20.032, la contratación de personal siempre que se relacione de manera directa con la ejecución del programa de que se trate y resulte necesaria para dar cumplimiento a sus fines, con comprendiéndose dentro de ellos aquellos que solventen labores relacionadas con el funcionamiento interno de la institución receptora (Dictámenes N°s. 71.371, de 2013, y 74.297, de 2016).

intervención privada en la actividad estatal o la “Administración invisible” del Estado, por cuanto este, por regla general, no participa en aquellas ni tiene representación mayoritaria.

Sin embargo, se han de destacar las siguientes circunstancias: i) El Estado ha asumido los deberes que le impone la CDN; y, para ello, ii) Creó un servicio público que tiene como función principal contribuir a proteger y promover los derechos de los NNA vulnerados en su ejercicio. Este servicio, al que además de corresponderle el diseño y la mantención de los programas destinados al cumplimiento de su objeto, así como la estimulación, orientación y supervisión técnica y financiera de la actividad que desarrollan los colaboradores acreditados –es decir, una labor que pudiese observarse como de intermediación entre el Estado y aquellos–, puede también asumir por sí mismo la ejecución de ciertos programas que se encargan vía subvención¹²².

Así, si la ley reconoce que el SENAME puede asumir el rol de entregar las prestaciones que corresponden a los colaboradores acreditados, es posible sostener que se le ha asignado competencia en dicho servicio, la que si bien se ejerce en las situaciones especiales a que se refiere la ley, no se altera por la decisión de política pública de generar un marco normativo en cuya virtud se encargue, de modo general, su gestión a privados. Lo contrario importaría diferenciar una misma actividad prestacional, regulada por la misma preceptiva, como pública o privada solo en base al carácter jurídico de su ejecutor, sin atender a la naturaleza de servicio público de la labor.

Una incipiente configuración de lo expuesto se encuentra en el concepto de “servicio público impropio” a que se hizo referencia. Respecto del mismo, Marienhoff (1976) reconoce la existencia de servicios públicos que no derivan de la voluntad estatal expresa o del comportamiento de la Administración Pública, sino más bien de su propia naturaleza o esencia (p.178).

En el mismo sentido se enmarca la moderna configuración de servicio público a que alude Vergara Blanco (2004), quien señala que a partir del reconocimiento del principio de subsidiariedad en

¹²² “En especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá: 3.- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que éstos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten. 4.- Crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente. En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta. 5.- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia. [...] 10.- Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores (Decreto ley N° 2.465, de 1979, artículo 3°)

la CPR se ha traspasado la iniciativa de actividades a los particulares, bajo esquemas de supervigilancia de mayor o menor intensidad, transformándose el Estado en un “Estado regulador”, de manera que aquella *publicatio* a que se hacía mención funciona de un modo distinto, “ya no como una pretendida reserva estatal de servicios llamados ‘públicos’ en una acepción cercana a lo estatal; hoy la *publicatio* opera como una especie de ‘prohibición general con reserva de autorización’ en estas materias económicas” (p.34).

En tal contexto plantea el autor la noción de “servicios públicos abiertos a la competencia”, a partir del cual

[...] los particulares ab initio pueden desarrollar estas actividades de servicio público; y si bien el legislador puede tipificar algunas actividades como ‘servicio público’, al mismo tiempo, no puede impedir el ejercicio de la libre iniciativa económica, y debe establecer los marcos regulatorios atinentes y concordantes con esta forma especial de ejercer tal garantía; pues, la libertad económica no desaparece en los supuestos de servicio público (Vergara Blanco, 2004, p.41).

Conforme al criterio expuesto, la actividad desarrollada por las entidades colaboradoras se sometería a un título habilitante, el que proviene de su reconocimiento como tal, que operará como autorización en virtud de su inscripción en el Registro de Colaboradores Acreditados y Proyectos a que se refiere la ley N° 20.032.

En efecto, como se señaló, la inclusión en este catastro autoriza a percibir la subvención y, como consigna la CGR –a propósito de los registros contemplados en las leyes N°s. 19.862 y 20.032–, las entidades colaboradoras deben inscribirse en el mismo y mantener actualizada la información que se requiere para ello, de manera que el cumplimiento de estas exigencias es una condición para que puedan percibir el subsidio de que se trate, de modo que, en caso de no cumplir esta exigencia, “debe concluirse que no se encuentran debidamente inscritas en el padrón respectivo y, de manera consecuente, no podrán percibir los recursos públicos o subsidios a que se refiere el ordenamiento jurídico” (Dictamen N° 70.791, de 2009).

Un criterio, no contrario pero que se aleja de dicho postulado, es el sostenido por la CGR en su dictamen N° 8.433, de 2008, emitido a propósito de un requerimiento en orden a determinar los efectos

de la ley N° 20.123 –que incorpora en el Código del Trabajo normas sobre subcontratación–, en los convenios celebrados en el marco de la ley N° 20.032. Al respecto, señala que

[...] la voluntad del legislador ha sido establecer un modelo mixto de atención a la niñez y adolescencia, que si bien comprende la participación del SENAME, apunta a fomentar la acción prioritaria de otros agentes, públicos y privados, que serán los encargados de desarrollar, como parte integrante de sus propios objetivos, las acciones correspondientes a las aludidas líneas de acción [...] Luego, si la propia ley ha establecido un sistema especial de desarrollo de las acciones tendientes a la satisfacción de una necesidad colectiva, como acontece en relación con la atención de los menores, en la que se permite, y más aún en este caso, se promueve, la intervención directa de terceros en la ejecución de esas acciones, asumidas como propias por estos últimos, es lógico colegir que en tal evento, como se ha visto, el tercero se transforma únicamente en un coadyuvante o colaborador de los fines públicos que persigue la institución de la Administración del Estado, y no en contratista que preste un servicio o ejecute una obra para una empresa, obra o faena ajena¹²³.

Si bien dicho dictamen reafirma la calidad de colaborador de las entidades acreditadas, la dificultad que presenta para la hipótesis planteada viene dada por la distinción que formula en cuanto a la naturaleza de los objetivos que persiguen las entidades acreditadas, los que califica como propios y no de servicio público.

Sin perjuicio de ello, el mismo pronunciamiento reconoce el carácter mixto del sistema subvencional en estudio y la satisfacción de una necesidad colectiva que atiende, así como también que los colaboradores asumen como propias las acciones que comprende la atención de los NNA, debiendo precisarse, además, que sus conclusiones buscan contraponer este mecanismo a la naturaleza jurídica de un contrato de prestación de servicios, lo que, por tanto, no necesariamente excluye la idea de gestión de servicio público.

¹²³ El mismo criterio rige para los jardines infantiles que perciben transferencias de fondos desde la Junta Nacional de Jardines Infantiles (CGR. Dictamen N° 11.661, de 2010).

3.2.2 Caracteres de servicio público: continuo, regular uniforme, permanente y universal

De la regulación aplicable a las entidades colaboradoras habrá de verificarse si a través de sus disposiciones se busca garantizar que las prestaciones subvencionadas se otorguen en las mismas condiciones que se exigen para el servicio público. Así, los parámetros a analizar son:

a) Continuidad

La continuidad implica que el otorgamiento de las prestaciones a que el servicio público obliga no puede interrumpirse. En ese sentido, el artículo 25, inciso tercero, de la ley N° 20.032, fija una excepción al concurso público al autorizar el trato directo con una entidad colaboradora “Cuando se tratare de asegurar la continuidad de la atención a niñas, niños y adolescentes usuarios de algún proyecto que haya debido terminarse anticipadamente”.

A su vez, se refleja ese carácter en la figura del “administrador provisional” que conforme al artículo 3°, N° 10, del decreto ley N° 2.465, de 1979, puede asumir el SENAME, lo que ocurrirá “cuando el funcionamiento de un colaborador acreditado o el de sus establecimientos adoleciera de graves anomalías y, en especial, en aquellos casos en que existieren situaciones de vulneración a los derechos de los niños, niñas o adolescentes sujetos de su atención” (Decreto ley N° 2.465, de 1979, artículo 16)¹²⁴ y tendrá por objeto “solucionar anomalías de carácter grave que afectan al funcionamiento de una institución o establecimiento” (Decreto N° 356, de 1980, del entonces Ministerio de Justicia, Reglamento del SENAME, artículo 35).

Sobre dicho mecanismo de intervención, el artículo 87, inciso primero, de la ley N° 20.529, sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, también lo contempla, y reconoce expresamente la finalidad propuesta al disponer que

¹²⁴ A continuación, dispone que “el juez de menores del domicilio de la institución o del lugar donde funcione el establecimiento del colaborador, en caso de tratarse de uno solo de sus establecimientos, respectivamente, de oficio o a petición del Director Nacional del SENAME, o dentro del territorio de su competencia, del Director Regional respectivo, dispondrá la administración provisional de toda la institución o la de uno o más de sus establecimientos [...] La administración provisional que se asuma por el Servicio no podrá exceder de un año tratándose de los centros y OPD, ni de seis meses respecto de los programas o equipos de diagnóstico. Dispuesta la administración provisional, el Director Nacional o el Regional, según corresponda, designará al administrador o la asumirá por sí mismo. En estos casos, la administración provisional se realizará con los recursos financieros que correspondían a la subvención que se otorgaba al colaborador acreditado objeto de la medida. El juez, a solicitud de parte, podrá renovar esta administración por resolución fundada, por una sola vez por igual periodo. El administrador provisional deberá realizar todas las acciones inmediatas que aseguren una adecuada atención a los niños, niñas y adolescentes, pudiendo para ello disponer la suspensión o separación de sus funciones de aquél o aquellos trabajadores o funcionarios del respectivo establecimiento, siempre que ello sea necesario para poner fin a la situación de vulneración a sus derechos”.

su nombramiento tiene por “objeto de asegurar el adecuado funcionamiento de dicho establecimiento y la continuidad del servicio educativo”.

b) Regularidad

La regularidad tiene que ver con la exigencia de un actuar ajustado al ordenamiento jurídico. Desde dicha perspectiva, si bien las entidades colaboradoras tienen naturaleza de derecho privado –lo que podría llevar a suponer una mayor libertad en su acción–, su actuar se encuentra normado tanto en sus aspectos jurídicos como técnicos, y a dicha regulación deben someterse.

Al respecto, el artículo 2º de la ley N° 20.032 contiene los principios a que deben sujetarse¹²⁵ –por cierto, los mismos que rigen al SENAME–; y su artículo 26, inciso primero, fija los aspectos mínimos que los convenios que celebren deben estipular, los que incluyen, entre otros, el proyecto que se comprometen a ejecutar¹²⁶.

Igualmente, el artículo 15 del decreto N° 841, de 2005, se refiere al contenido de las bases que rigen los concursos públicos de proyectos¹²⁷, fijando que las mismas deberán contener, entre otros elementos, aquellos que determinarán la forma de su ejecución, tales como las orientaciones técnicas

¹²⁵ “La acción del SENAME y sus colaboradores acreditados se sujetará a los siguientes principios: 1) El respeto y la promoción de los derechos humanos de las personas menores de dieciocho años contenidos en la Constitución Política de la República, las leyes vigentes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales; 2) La promoción de la integración familiar, escolar y comunitaria del niño, niña o adolescente y su participación social, y 3) La profundización de la alianza entre las organizaciones de la sociedad civil, gubernamentales, regionales y municipales, en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la infancia y a la adolescencia”.

¹²⁶ “Los convenios que sean celebrados con los colaboradores acreditados deberán estipular, a lo menos: 1) La línea de acción subvencionada; 2) Los objetivos específicos y los resultados esperados, así como los mecanismos que el SENAME y el colaborador acreditado emplearán para evaluar su cumplimiento; 3) La subvención que corresponda pagar; 4) El número de plazas con derecho a la subvención, cuando corresponda, las formas de pago acordadas y las cláusulas de revisión del número de plazas; 5) El plazo de duración del convenio, y 6) El proyecto presentado por el colaborador, que formará parte integrante del convenio”.

¹²⁷ “En cada proceso de llamado a concurso público de proyectos, las bases deberán contener, a lo menos: 1) La(s) línea(s) de acción subvencionable(s). 2) El monto de la subvención ofrecida por SENAME por cada línea de acción, determinada conforme a los criterios del artículo 29 de la ley N° 20.032, los rangos expresado en USS que se establecen en el artículo 30 de la misma y en el Título III del presente reglamento. 3) Las orientaciones técnicas respectivas, las que, en todo caso, deberán sujetarse a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. 4) Los objetivos del proyecto. 5) Los resultados esperados del proyecto. 6) Los mecanismos de evaluación de la ejecución del proyecto. 7) El plazo para la presentación del proyecto. Dicho plazo no deberá ser inferior a 30 días contados desde la publicación del llamado a concurso. Con todo, por resolución fundada del Director del Servicio podrá disponerse de un plazo inferior al establecido en el presente artículo cuando circunstancias de urgencia así lo ameriten. 8) Los criterios de evaluación para la selección. 9) Número de plazas cuando corresponda. 10) Las circunstancias en virtud de las cuales se podrá modificar bilateralmente el proyecto, conforme a las causales previstas en el artículo 37 de la ley No 20.032. 11) El contenido mínimo del convenio a suscribir con el colaborador acreditado que resulte seleccionado. 12) El plazo de duración del convenio”.

respectivas –las que habrán de sujetarse a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes–, los objetivos del proyecto y sus resultados esperados.

Como se observa, no solo se encarga al colaborador acreditado una específica actividad, sino que también la normativa descrita vuelve obligatorios para aquel la forma en que esta deberá desarrollarse y sus especificaciones técnicas.

c) Uniformidad

El artículo 26, inciso tercero, de la ley N° 20.032, dispone que los convenios que se celebren con las entidades colaboradoras “deberán contener idénticas condiciones, modalidades y monto de la subvención, dependiendo de cada línea de acción”, observándose en primer término uniformidad en cuanto el acceso a la subvención.

A su vez, sobre la labor de dichas entidades, las Orientaciones Técnicas que para cada línea de acción ha dictado el SENAME, ponen de relieve el deber que les asiste de asegurar el principio de igualdad de los beneficiarios sobre los que ejercen su acción (SENAME, 2018b).

d) Permanencia

Conforme a los acuerdos internacionales adoptados por el Estado, a este le asiste el deber permanente de velar por la protección de los derechos vulnerados de los NNA. Así, en la medida que exista un servicio público abocado a dicha función, la que actualmente compete al SENAME mediante su función programática y de supervisión de las entidades colaboradoras, se reconoce la permanencia de la necesidad que justifica las prestaciones a otorgar.

Tal es así que el artículo 8° de la ley N° 20.032 preceptúa que “El reconocimiento como colaborador acreditado podrá solicitarse en cualquier momento, sin perjuicio de lo cual el SENAME realizará llamados públicos a presentar solicitudes, por lo menos una vez al año”.

Asimismo, su artículo 25, inciso tercero, autoriza la suscripción de convenios en forma directa “Cuando habiéndose realizado el respectivo llamado a concurso, éste hubiere sido declarado desierto por

no existir colaboradores interesados”, de lo que se observa que una vez convocada la línea de que se trate, será necesario asegurar su ejecución aun cuando no existan postulantes a su convocatoria.

Luego, conviene destacar que los convenios que se celebren, conforme a su artículo 27 pueden tener una duración máxima de hasta 5 años para el caso de los centros residenciales y programas, permitiéndose incluso su prórroga sin necesidad de convocar a un nuevo concurso para aquellos proyectos que sean evaluados de manera positiva¹²⁸. Ello da cuenta de la intención del legislador del ejercicio estable y permanente que se espera en la ejecución de la actividad subvencionada, fijando una excepción al artículo 9º de la LOCBGAE que establece el principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo¹²⁹.

Finalmente, siguiendo el criterio de la CGR en materia de financiamiento de la educación superior, otro reflejo de permanencia viene dado por su constante inclusión presupuestaria en la LPSP, pues, como consigna su dictamen N° 14.923, de 2017

[...] en la medida que tal asignación ha sido prevista sucesivamente al menos durante los últimos diez años en las distintas leyes de presupuestos del sector público, pues en estos casos es posible sostener que respecto de ella la intención del legislador ha sido darle un carácter permanente.

¹²⁸ “Sin perjuicio de lo establecido en las normas de administración financiera del Estado, los convenios podrán durar un plazo máximo de: 1) 3 años para OPD y diagnósticos, y 2) 5 años para centros residenciales y programas. Los proyectos con un plazo de duración superior a un año, serán evaluados anualmente por el Servicio Nacional de Menores. Asimismo, el SENAME solicitará a los colaboradores acreditados un plan de trabajo para el correspondiente período. El SENAME podrá prorrogar los convenios, sin necesidad de un nuevo llamado a concurso, si las evaluaciones arrojan resultados positivos. El Servicio, con una anticipación no inferior a 60 días a la expiración del convenio, deberá formular los reparos pertinentes a la ejecución del proyecto, si no lo hiciere, se tendrá por renovado el convenio por un período idéntico al pactado en el convenio vigente. La facultad de prorrogar la vigencia de los convenios podrá ejercerse hasta por dos veces respecto de los convenios relativos a centros residenciales, y por una sola vez, respecto de los diagnósticos, OPD y programas, tras lo cual el Servicio deberá realizar un nuevo llamado a concurso. A dicho proceso podrá postular el colaborador acreditado que hubiere ejecutado el proyecto respectivo, debiendo considerarse su trayectoria y desempeño a cargo de éste como un antecedente para la evaluación del nuevo proyecto. En el caso de los centros residenciales, el SENAME podrá ejercer la facultad de prórroga de los convenios modificando las plazas inicialmente acordadas, atendiendo a las necesidades reales de cobertura de atención”.

¹²⁹ Sobre las prórrogas o renovaciones de convenios o contratos, la CGR ha señalado que “pugnan con los principios de transparencia y libre concurrencia de los oferentes, consagrados en el artículo 9º de la ley N° 18.575, disposición introducida a dicho cuerpo normativo mediante la ley N° 19.653, a fin de fortalecer el principio de probidad administrativa, del que derivan los principios antes mencionados, mediante la concepción del sistema de propuesta pública como mecanismo esencial para su resguardo” (Dictámenes N°s. 46.746, 2009 y 74.046, 2010).

e) Universalidad

En la relación SENAME-colaborador acreditado, el artículo 31 de la ley N ° 20.032 dispone que

Las autoridades del SENAME darán un trato igualitario a todos los colaboradores acreditados, resguardando siempre la transparencia de los procedimientos empleados. Queda prohibida toda arbitrariedad al determinar los montos de subvención que serán ofrecidos en cada llamado a licitación, y al escoger el proyecto seleccionado para recibir en definitiva la subvención.

A su vez, en cuanto al deber de las entidades colaboradoras, de acuerdo a su artículo 12, inciso primero, corresponde que estas otorguen atención a

[...] todo niño, niña o adolescente que lo solicite directamente o por medio de la persona encargada de su cuidado personal, a requerimiento del SENAME, del tribunal competente o de la oficina de protección de derechos respectiva, siempre que se trate de una situación para la cual sea competente, según el convenio, y cuente con plazas disponibles.

Lo anterior, sin perjuicio que en las líneas de centros residenciales y programas de reinserción para adolescentes infractores de ley penal, la atención proceda previa resolución judicial, salvo que concurran las circunstancias excepcionales indicadas en sus artículos 18 y 19¹³⁰.

Así, todo NNA que se encuentre en las condiciones a que las diferentes líneas de acción se refieren, debe ser ingresado en sus distintos programas, sin que puedan admitirse discriminaciones arbitrarias.

¹³⁰ “El ingreso a los centros de diagnóstico deberá realizarse previa resolución judicial. Con todo, cuando por razones de fuerza mayor un niño, niña o adolescente, ingrese al establecimiento, sin que exista tal medida judicial, los responsables de dicho centro asumirán como primera función, darles la debida protección a sus derechos y procurar por todos los medios reunirlos nuevamente, con sus padres o las personas encargadas legalmente de su cuidado personal. Con todo, si éstos han sido los causantes directos de la vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente, y, en general, cuando no sea posible reunirlos con esas personas, se deberá informar en la primera audiencia al tribunal competente para que adopte una medida a su respecto” y “En las residencias sólo se podrán acoger a niños, niñas o adolescentes por disposición de la autoridad judicial. Sin embargo, las residencias también podrán dispensar a los niños, niñas y adolescentes separados o privados de su medio familiar la atención de urgencia cuando no se pueda recurrir a un centro de diagnóstico, quedando obligadas a solicitar a la autoridad judicial, al día siguiente hábil, que adopte una medida al respecto”.

La limitante que a esta característica puede observarse, vendría dada por las plazas convenidas con el colaborador acreditado. No obstante ello, con el objeto de subsanar dicha situación, el artículo 80bis, inciso segundo, de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, dispone que

Si el juez estima necesario decretar una medida respecto de la cual no existe en la Región oferta de las líneas de acción indicadas en la ley N° 20.032, comunicará tal situación al Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, quien deberá adoptar las medidas tendientes a generar tal oferta en el menor tiempo posible. Entretanto, el juez decretará alguna de las restantes medidas del artículo 71. Pero, si la cautelar dispuesta es la de la letra h) de dicho artículo, el Servicio Nacional de Menores deberá darle cumplimiento de inmediato y sin más trámite.

Dicho precepto garantiza la universalidad en el otorgamiento de las prestaciones a que se refiere y es, asimismo, reflejo del deber del Estado de atender las situaciones de vulneraciones de derechos cuando han sido constatadas por el tribunal correspondiente¹³¹, disponiendo incluso para la medida cautelar de internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, cuando sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud un cumplimiento más allá de adoptar las medidas para generar oferta, sino que inmediato y sin más trámite (Ley N° 19.968, artículo 71, letra h) .

3.2.3 La garantía del Estado: tutela e intervención administrativa

Toda subvención debe destinarse a una actividad específica que el Estado decide financiar por comprometer su ejecución un interés que se ha calificado como público. Para ello, corresponde a la Administración otorgante verificar que se cumpla el objetivo para el cual ha sido concedida, principalmente a través del procedimiento administrativo de rendición de cuentas de los fondos traspasados, regulado en la preceptiva en análisis, específicamente en el Título VII del decreto N° 841, de 2005.

¹³¹ Sin perjuicio de dicho deber, en virtud del principio de no enriquecimiento sin causa, la CGR ha dictaminado que “si en virtud de una orden judicial emanada de un Tribunal de Familia el Sename ordena a un colaborador acreditado recibir un número adicional de beneficiarios que le haga superar la capacidad máxima acordada, no puede ser de cargo de éste último soportar el detrimento pecuniario que le significaría asumir esta exigencia dispuesta por la autoridad administrativa, debiendo, por ende, respetarse el monto del auxilio económico previamente convenido” (Dictamen N° 166, 2013).

Además, la normativa en estudio contempla otras fórmulas de supervigilancia sobre las entidades colaboradoras, que terminan por sujetar a estas a un régimen que va más allá de la sola verificación de la correcta inversión de los fondos traspasados en cuanto a su destino, constituyéndose incluso como indicadores permanentes de cumplimiento del fin público que justifica su otorgamiento.

Al respecto, según Torredo Sancho (2016) el intervencionismo es

[...] un conjunto de acciones administrativas coordinadas para conseguir los resultados de determinadas políticas públicas, generalmente de fomento económico, que desplaza el ámbito privado a favor del ámbito público como garante material de la actividad económica y social en su misión de tutela del interés general. (p.207)

Así, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las labores que deben desarrollar los colaboradores acreditados y, consecuentemente, velar por el fin público que fundamenta el sistema de subvenciones regulado en la ley N° 20.032, se han fijado los siguientes mecanismos de tutela e intervención a favor del SENAME.

a) Mecanismos de información

Contiene la ley N° 20.032 diferentes deberes de información. Por ejemplo, su artículo 13 establece uno de carácter permanente, conforme al cual “Los colaboradores acreditados deberán llevar un registro general de las solicitudes y atenciones realizadas y de otros hechos relevantes, que será de libre acceso para la Dirección Regional y para el supervisor del SENAME respectivos”.

A su vez, el artículo 27, inciso segundo, contempla uno de continuidad respecto de los proyectos con un plazo de duración superior a un año, para los cuales “el SENAME solicitará a los colaboradores acreditados un plan de trabajo para el correspondiente período”.

b) Mecanismos de evaluación

Todo convenio de transferencia de recursos contempla mecanismos de evaluación en resguardo del patrimonio público, destinados a verificar el cumplimiento del objeto para el que se dispuso. La particularidad que en este contexto regula la ley N° 20.032 y su reglamento, radica en que la correcta

aplicación de los medios monetarios se evalúa tanto desde una perspectiva cuantitativa, a través del cálculo sobre el número de atenciones otorgadas que dan derecho a la subvención, como de una cualitativa, relacionada con la calidad de la función encomendada.

Así, de acuerdo al artículo 36, inciso primero, de la ley N° 20.032

La evaluación de los convenios se dirigirá a verificar: 1) El cumplimiento de los objetivos; 2) El logro de los resultados esperados especificados en el respectivo convenio; 3) La calidad de la atención; y 4) Los criterios empleados por el colaborador acreditado para decidir el ingreso y el egreso de niños, niñas o adolescentes.

En ese contexto, el artículo 48, inciso tercero, del decreto N° 841, de 2005, denomina a esta evaluación como una de “desempeño”, fijando en sus artículos 49 y siguientes un “bono de desempeño”, destinado a premiar a los colaboradores acreditados “por la calidad de la atención otorgada y los resultados alcanzados en el respectivo proyecto”. Esta asignación concursable, que no forma parte de la subvención inicial, opera como un reconocimiento *ex post* orientado al logro de los mejores estándares posibles en la ejecución de las acciones concertadas, no obstante que su recepción no es de libre disposición, ya que de acuerdo a su artículo 52 “Dichos recursos deberán ser destinados a los fines propios del colaborador acreditado”¹³².

Finalmente, la propia rendición de cuentas fija parámetros detallados y más elevados que los contenidos en la resolución N° 30, de 2015, de la CGR, como por ejemplo la obligación de los colaboradores acreditados de llevar un registro de ingresos y egresos de los montos de la subvención transferida e informar sobre la aplicación de los mismos, en el que se deberán consignar, en orden cronológico

[...] el monto detallado de las remesas recibidas; el monto detallado de los egresos, señalando su objetivo, uso y destino, con individualización del medio de pago utilizado y de los comprobantes de contabilidad que registren los pagos realizados cuando correspondan; y el saldo disponible. (Decreto N° 841, de 2005, artículo 66)

¹³² Dichos fines propios son “[...] toda actividad dirigida directa o indirectamente al cumplimiento de los objetivos institucionales, incentivar a sus equipos profesionales y/o a mejorar la calidad de la atención de los niños, niñas o adolescentes de que trata la ley y este reglamento” (Decreto N° 841, de 2005, artículo 52, inciso segundo).

Otra excepción al referido procedimiento administrativo se dispone en el artículo 67 del reglamento en cuestión, que preceptúa que

La documentación constitutiva de la rendición de cuentas se conservará por los respectivos colaboradores acreditados, en el mismo orden del registro de ingresos y egresos y se deberá mantener permanentemente a disposición de los supervisores del Servicio Nacional de Menores y de la Contraloría General de la República.

Lo anterior, ya que conforme al artículo 23 de la resolución N° 30, de 2015, solo en casos calificados por el organismo otorgante y autorizados por la Contraloría General, la documentación de rendición de cuentas podrá encontrarse en poder de la persona o entidad receptora del sector privado, debiendo adoptarse los resguardos convencionales o de otro tipo que garanticen al Organismo de Control el libre acceso y un completo examen debidamente documentado de las cuentas¹³³.

Otro precepto particular se contiene en el artículo 70 del decreto N° 841, de 2005, conforme al cual

En caso que resulten excedentes o saldos de recursos no utilizados al término de un proyecto, los colaboradores acreditados podrán utilizarlos en otros proyectos administrados por la misma entidad, con el objeto de mejorar la calidad de la atención. En caso contrario, los saldos deberán ser restituidos al SENAME, en una sola cuota durante el mes siguiente a la determinación de la existencia de los mismos. A solicitud del colaborador acreditado, el Director Nacional del Servicio podrá autorizar la devolución de los saldos, en cuotas iguales, con un máximo de seis.

¹³³ Lo dispuesto en estos artículos no altera la regla de competencia respecto del ente fiscalizado ni el examen de cuentas al que deberá someterse el otorgante público de los fondos, sino solo lo relativo a quien que debe mantener la documentación original para el análisis de la CGR, lo que para el caso del SENAME fue autorizado por el dictamen N° 84.429, de 2015, el que, según consigna, tuvo en consideración “[...] en primer lugar, el volumen de la documentación de respaldo asociada a los gastos de atención de los niños, niñas y adolescentes en los más de 1.500 proyectos ejecutados por la red de colaboradores del SENAME. La circunstancia anterior fue corroborada por este Organismo de Control en el contexto del programa nacional de auditorías que se realizó el año 2014 sobre esta materia, en todas las regiones del país, oportunidad en la cual se pudo constatar en terreno la carencia de espacio físico en las dependencias del SENAME para mantener en custodia la documentación de la especie, atendido lo cual, se hizo necesario efectuar su revisión directamente en las sedes de las respectivas entidades privadas receptoras. En segundo lugar, tales instituciones colaboradoras y los proyectos que estas desarrollan, se encuentran sujetos a un régimen especial de inscripción en el registro que mantiene dicho organismo, lo cual facilita la identificación de los recursos y la individualización de los receptores de los fondos públicos de que se trata”.

Al respecto, es posible observar dos particularidades. Por una parte, frente a una interpretación estricta del principio de legalidad del gasto público, no puede el receptor de la subvención destinar los recursos que recibe a otras finalidades que las fijadas en el acto de otorgamiento. No obstante, el reglamento autoriza la aplicación de los excedentes en otras medidas, una vez finalizado el proyecto, en orden a efectuar mejoras a la calidad de la atención.

Como contrapartida, de no existir otros proyectos a financiar, se autoriza su restitución en cuotas, lo que también es particular, ya que si esos recursos no fueron utilizados, debiesen estar disponibles en la cuenta exclusiva que los colaboradores acreditados deben mantener para la administración de los mismos.

c) Mecanismos de dirección

Otras atribuciones del SENAME en orden a asegurar la correcta ejecución de los fondos que transfiere en relación con las labores que desempeñan las entidades colaboradoras, se manifiestan en las directrices y el acompañamiento técnico que la subvención conlleva.

Así, el artículo 15 decreto ley N° 2.465, de 1979, dispone que “Los colaboradores acreditados deberán cumplir las normas o instrucciones generales que, de acuerdo con esta ley, les imparta el Servicio”.

d) Potestades frente al incumplimiento

Finalmente, cuando sin perjuicio de las medidas contempladas existieren incumplimientos en las labores realizadas por las entidades colaboradoras, señala el artículo 37, inciso primero, de la ley N° 20.032 que

El SENAME estará facultado para poner término anticipado o modificar los convenios, cuando los objetivos no sean cumplidos, o los resultados no sean alcanzados en el grado acordado como mínimamente satisfactorio o, cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados.

En cuanto a la obligación de rendir cuenta y el cumplimiento de las finalidades de la subvención, el artículo 69 del decreto N° 841, de 2005, prevé que

El SENAME no entregará nuevos fondos mientras el colaborador acreditado no haya cumplido con la obligación de rendir cuentas de la inversión de los montos transferidos, y podrá solicitar la restitución de los fondos cuando la inversión no se ajuste a los objetivos de los proyectos.

Las medidas expuestas en los literales precedentes dejan ver la especial posición en que se encuentran los colaboradores acreditados en su relación con la Administración, la que mediante las mismas busca asegurar el cumplimiento de los convenios de subvención, pero también la efectiva realización del fin público comprometido en su ejecución. Ello, con el objeto de garantizar el deber que le corresponde en la atención de NNA, de manera de propender a una mejor calidad en las respectivas prestaciones así como una operación continua, regular y permanente.

3.2.4 Relación con otras fórmulas de gestión de servicio público a través de privados

Otro factor a considerar en el análisis de la naturaleza de servicio público que conlleva la administración de la subvención a que se refiere la ley N° 20.032 tiene que ver con sus similitudes, o diferencias, sobre los ya reconocidos mecanismos de gestión indirecta.

a) Contrato de colaboración

No cabe duda que los convenios que suscribe el SENAME con las entidades colaboradoras en el marco de la ley N° 20.032 tienen la naturaleza de uno de colaboración, por el cual la Administración provee de los fondos necesarios para el desarrollo de las actividades que el privado se compromete a ejecutar, en desarrollo de la función pública comprometida.

En concordancia con ello, la participación de la entidad privada es voluntaria, ya que conforme al artículo 25 de la citada normativa “Para la transferencia de la subvención, el SENAME llamará a concurso de proyectos relativos a las diversas líneas de acción reguladas en la presente ley”.

Asimismo, los intereses concurrentes pueden no ser los mismos, pero no son antagónicos y confluyen ambos hacia un objetivo común orientado al desarrollo del proyecto presentado por el colaborador en el marco de la línea de acción de que se trate.

Como reconocen García de Enterría y Fernández (2008), las técnicas de colaboración de los particulares en las tareas administrativas ya no necesariamente confluyen hacia entidades de derecho público, si no cada vez con más frecuencia aparecen supuestos del ejercicio de funciones públicas por entidades con personalidad jurídica de derecho privado en virtud de mecanismos de delegación o transferencia con fines de autoadministración (p.401), como ocurre precisamente con el traspaso de fondos públicos analizado.

b) Contrato de concesión de servicio público

La concesión es la fórmula que mayor acuerdo genera en orden a catalogarla como un instrumento jurídico mediante el cual el Estado encarga al privado el desarrollo de una función que le está reservada y que el tercero ejerce a nombre de aquel. Esta concepción descansa principalmente en el reconocimiento de la titularidad de aquella en la órbita de competencias de la Administración, lo que, como se viera, no aparece claramente definido en la subvención en análisis.

No obstante lo anterior, sí hay aspectos se contemplan aspectos que pueden ser reconducibles a la figura de la concesión.

Así, en primer lugar, la actividad que ejecutan las entidades colaboradoras corresponde a una especie de encargo que tiene por objeto satisfacer una necesidad pública que ha sido asumida como deber del Estado.

En cuanto a la asunción de los riesgos, en particular el operacional, las formas de pago de la subvención fijan distintos mecanismos según la línea de acción de que se trate. Al respecto, el artículo 30 de la ley N° 20.032 determina para las líneas de oficinas de protección, centros residenciales y programas, sistemas que se basan en la población atendida, lo que correspondería a un traspaso del riesgo al colaborador, excluyéndose de dicho modo de cálculo los correspondientes a diagnósticos y la parte fija en los costos que contempla el sistema combinado de pago de centros residenciales, el que alcanza la plaza convenida.

Sobre la retribución, el sistema contempla solo financiación estatal, sin cobro de tarifa al usuario, lo que, en todo caso, no excluye la figura de la concesión.

c) Compra de servicios

Como se precisó, la habilitación legal para los distintos regímenes legales de compra de servicios recae en aquellos de carácter auxiliar, accidental o no habituales, y no respecto de sus funciones propias, salvo el ejemplo que se contempla respecto de las acciones de salud a que se refiere el decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud.

En ese sentido, de acuerdo con el principio de juridicidad, no podría el sistema de subvenciones del SENAME clasificarse como tal. De igual modo, no goza de las características de transitoriedad o accidentalidad en cuya virtud se autoriza a los servicios públicos para recurrir al referido contrato, así como tampoco generan las convenciones suscritas en el marco jurídico de la ley N° 20.032 contraprestaciones entre las partes, como se revisó a propósito de la naturaleza jurídica de la subvención.

A la misma conclusión ha llegado la CGR –que consultada sobre la aplicación de las normas de subcontratación incorporadas al Código del Trabajo por la ley N° 20.023 y la prohibición para contratar con la Administración que fija el artículo 4° de la ley N° 19.886, respecto de las personas naturales o jurídicas condenadas por prácticas antisindicales–, en sus dictámenes N°s. 8.433, de 2008, y 56.832, de 2010, precisó que atendida, por una parte, la imputación presupuestaria de las subvenciones por concepto de convenios celebrados entre el SENAME y las instituciones colaboradoras –correspondiente al subtítulo 24 Transferencias Corrientes, Ítem 01 Al Sector Privado–; y, por otra, la definición que contempla ese último texto legal respecto de los contratos a que aplica –onerosos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de las funciones de la Administración–, las citadas disposiciones no resultan aplicables a los concursos que llama el SENAME para adjudicar proyectos regulados por la ley N° 20.032, ni tampoco a los convenios que celebra con sus colaboradores.

3.3 El sistema de subvenciones del SENAME como forma de gestión de servicio público

Los elementos expuestos sobre las características del servicio público, las especificidades en la tutela que ejerce el SENAME respecto de la aplicación y administración de los fondos públicos comprometidos y ciertas similitudes, en especial con el contrato de concesión, permiten generar las bases para encuadrar a la subvención que se confiere a los organismos colaboradores privados como una fórmula de gestión indirecta de servicio público.

El aspecto más complejo de rebatir será, sin embargo, la noción misma de servicio público, fuertemente asentada en la doctrina en relación a la titularidad que al respecto ejerce el Estado. Sin embargo, también es posible advertir voces que comienzan a introducir cambios en la forma en que dicho concepto debe ser entendido, o que al menos reconocen que está en evolución.

García de Enterría y Fernández (2008), por ejemplo, al referirse a las corporaciones sectoriales de base privada, indican que estas actúan como verdaderos agentes descentralizados de la Administración, con lo cual, al margen de su forma de personificación, reciben por delegación el ejercicio de alguna función propia de aquella, controlada por la misma a través de un mecanismo de tutela (p.402).

¿Son estas entidades Administración Pública? Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la respuesta es no, pues son personas de derecho privado que por el solo hecho de recibir fondos públicos afectos a una finalidad específica, que compromete un interés público, no pasan a formar parte de aquella.

No obstante lo anterior, bajo el concepto propuesto y sin que ello signifique alterar el régimen de su naturaleza jurídica, la relación entre otorgante y receptor es pública, así como también tienen ese carácter las prestaciones que este último otorga. Sobre esta materia, refiriéndose a la STC que acoge el requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 13, inciso segundo, del decreto N° 67, de 2018, del Ministerio de Salud¹³⁴, en lo relativo al modo en que han de entregarse los servicios públicos, señala Cordero Vega que “los privados, que participan voluntariamente de esas actividades, deben someterse a las obligaciones propias de los servicios públicos” (2018^a, p.11) y, por tanto, les serán aplicables sus mismas condicionantes –regulares, continuas y no discriminatorias–, como se observó también respecto de las entidades colaboradoras del SENAME.

¹³⁴ Aprueba el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario – sobre interrupción del embarazo por algunas de las tres causales contenidas en su artículo 119–.

Otro asunto relevante para determinar la existencia de servicio público en la subvención regulada por la ley N° 20.032 es el interés o la necesidad general comprometida y la determinación de cuándo puede entenderse que ha sido asumida como tal por la Administración, de modo que la obliga a desarrollar su actividad en torno a su satisfacción. Sobre ello, Camacho Cepeda (2010) indica que la manifestación natural de dicho reconocimiento es la dotación de una organización administrativa a su servicio, que asegure su realización ya sea operando por sí o a través de agentes sociales a los que promueve, regula o fiscaliza (p.43), como se trata en la especie.

Para el caso concreto, existe además una manifestación normativa de dicho interés público, derivada del deber de protección de los derechos de los NNA adoptado a través de la CDN. En ese sentido, analizando en forma paralela la obligatoriedad de los servicios públicos a que alude Camacho Cepeda (2010) –relativa a los deberes del Estado en que se traducen los derechos fundamentales (p.285)–, deberán adoptarse las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en esa Convención, y podrán gestionarse de modo indirecto aquellas que no impliquen el ejercicio de potestades públicas, como ocurre con el SENAME y sus entidades colaboradoras, respectivamente.

En tercer lugar, si bien la idea de interés público o general se encuentra implícita en todo el actuar de la Administración del Estado, es la propia regulación de la actividad en comento la que fija ciertos aspectos que generan, a lo menos, áreas afines o comunes con el servicio público. Así por ejemplo, además de las descritas previamente, a través del artículo 14¹³⁵ de la ley N° 20.032, se dispone una obligación para los trabajadores de las entidades colaboradoras que reciben la subvención de ese cuerpo legal, asimilable al deber funcionario contemplado en los artículos 61, letra k), de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, y 175 del Código Procesal Penal, sobre denunciar los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones, no obstante que aquellos no tienen relación laboral con el servicio¹³⁶.

En el mismo sentido, las leyes N°s. 20.883, 20.971 y 21.050, que Otorgan Reajuste de Remuneraciones a los Trabajadores del Sector Público y Conceden Aguinaldos y Beneficios que indican,

¹³⁵ “Los directores o responsables de los proyectos, y los profesionales que den atención directa a los niños, niñas o adolescentes en alguna de las líneas de acción señaladas por esta ley, que tengan conocimiento de una situación de vulneración a los derechos de alguno de ellos, que fuere constitutiva de delito, deberán denunciar de inmediato esta situación a la autoridad competente en materia criminal”.

¹³⁶ “El personal que los colaboradores acreditados contraten para la ejecución de los proyectos no tendrá relación laboral alguna con el SENAME [...] El SENAME no podrá intervenir en materias de orden laboral ni relativas a la relación contractual establecida entre los colaboradores acreditados y sus trabajadores, sin perjuicio de la supervisión del gasto y de la calificación técnica de su personal comprometida en el respectivo proyecto” (Decreto N° 841, de 2005, artículo 65, incisos tercero y cuarto).

para los años 2016, 2017 y 2018, han fijado el derecho, de cargo fiscal, de los mismos trabajadores, a los aguinaldos de fiestas patrias y navidad y al bono de vacaciones que contemplan, en iguales términos que respecto de los funcionarios públicos.

A su turno, si bien se refiere a ellas a propósito de la actividad administrativa de fomento, señala Camacho Cepeda (2010) que las entidades colaboradoras actúan como intermediarias en el otorgamiento de beneficios, para que ellas gestionen indirectamente la subvención (p.392), de manera que si omitiésemos su acción, la relación jurídica en el otorgamiento de la prestación se establecería de modo directo entre el Estado y el NNA que requiere de su protección.

De dicho acercamiento al organigrama administrativo, así como de la similitud que se genera entre el área de gestión de la subvención y el servicio público, se observa que, a diferencia de lo que ocurre en materia económica, el Estado no pretende promocionar una mayor actividad o presencia de entidades colaboradoras, sino que proteger los derechos de los NNA, con los mejores estándares de calidad que le permitan generar el restablecimiento de los derechos vulnerados en pos de una finalidad de interés público que ha asumido como deber.

Lo reconoce en ese sentido la postura de Seeldrayers, quien conceptualiza a la subvención como un “modo de gestión administrativa” en tanto dicha atribución patrimonial dará lugar al desarrollo de una actividad administrativa a cargo del beneficiario de la misma¹³⁷. Ahora, si bien esta postura se plantea de modo absoluto, respecto de toda subvención –lo que no concuerda con los propósitos de este trabajo–, hay autores que admiten matices, como Fernández Farreres (1983) al reconocer que existen subvenciones que se otorgan a determinados particulares en razón de las cargas que por imperativo legal asumen en la gestión de su actividad privada, la que, sin estar publicada, se encuentra regulada (p.201).

Asimismo, García Machmar (2011) reseña sobre la subvención en el sistema francés, que la sitúa como parte del servicio público “sea como el elemento que identifica a los ‘establecimientos de utilidad pública’, como accesorios del servicio público estatal, o bien como un medio para mantener el equilibrio económico de la concesión” (p.42).

De modo más amplio, Bermúdez Soto (2011) al describir los elementos que han determinado la evolución desde los modelos de Estado Liberal y Social a uno de carácter colaborativo, observa el

¹³⁷ Citado por Fernández Farreres (1983), pp.164 y ss.

avance hacia un Estado gestor con una constante acción directiva, redistribuidora y prestacional mediante la diversificación de sus fórmulas organizativas, de manera de también relacionar las actividades de fomento y servicio público en atención a las finalidades de interés público comprometidas en ambas (pp.16-17 y 297).

Así, en virtud de las características especiales que presenta el régimen de subvención del sistema de atención a la niñez y adolescencia analizadas en este trabajo, bajo el amparo de la doctrina y jurisprudencia citadas, es posible postular que aquel se trata de un mecanismo de gestión indirecta de servicio público –tanto por los caracteres que han de asumir sus prestaciones, su control y la finalidad a que atiende–, lo que afianza, además, la posición jurídica de la entidad colaboradora que reemplaza o sustituye al actuar estatal, es decir, que opera como ejecutora de una actividad, a la que se sometió voluntariamente y que realiza a nombre de la Administración Pública, situando a esta última como titular y responsable en su prestación.

La discusión sobre el rol que corresponde a las entidades que reciben fondos públicos también se ha formulado en otras áreas, como ocurre para el caso del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, a propósito de la referida institución de la objeción de conciencia, pues con respecto a esto la CGR concluyó que

[...] considerando, por una parte, que las entidades que celebran convenios en el marco del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de las respectivas acciones de salud, cumpliendo una función pública con recursos del mismo carácter y, por otra, que el Estado se encuentra en el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sólo cabe concluir que las mencionadas entidades contratantes, en el cumplimiento del respectivo convenio, no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado [...] pues si bien se trata de una entidad de carácter privado, tiene el deber de dar cumplimiento a una función pública -a la que voluntariamente se ha comprometido- y para cuyos efectos le han sido entregados recursos públicos. (Dictamen N° 11.781, 2018)

Lo anterior, por cierto, y como aclaró la misma CGR con posterioridad, resulta de la

[...] aplicación de lo dispuesto expresamente en el citado texto legal, y no como consecuencia de que las entidades correspondientes reciban recursos públicos, toda vez que dicha cuestión, por sí sola, no determina el régimen jurídico aplicable, debiendo estarse a lo ordenado por el legislador en cada caso. (Dictamen N° 24.216, 2018)

Por ello es de relevancia analizar cada preceptiva en particular, de modo de constatar cuál es la naturaleza prestacional que el legislador ha implementado en cada caso. En ese contexto, añada dicho pronunciamiento que

[...] el aporte de recursos públicos no tiene como consecuencia alterar el régimen jurídico privado de las correspondientes entidades de salud privadas, ni tampoco convertirlas en un órgano público, lo que no obsta a que el legislador establezca reglas especiales a quienes voluntariamente decidan recibir estos fondos, como sucede con las obligaciones de servicio público previstas específicamente para esas entidades en el citado decreto con fuerza de ley N° 36. (CGR. Dictamen N° 24.216, 2018)

Pues bien, sin perjuicio del referido tenor expreso del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, a propósito del criterio plasmado por la CGR cobró relevancia el rol que se asigna a las entidades privadas receptoras de fondos públicos, generándose argumentos en su favor y en su contra, basados estos últimos, principalmente, en el reconocimiento constitucional de los grupos intermedios, la libertad de pensamiento, la libre iniciativa económica, la libertad de asociación y el derecho de propiedad.

Por eso es necesario, para determinar la no afectación de las referidas garantías constitucionales, que se asuma por parte del Estado una política en relación al área intermedia que se produce, por ejemplo, en los casos analizados o entre subvención y servicio público; y si los criterios expuestos en este trabajo no son suficientes, que se defina en qué casos la colaboración público-privada importa en realidad un mecanismo de gestión de servicio público.

En ese sentido, añada Cordero Vega (2018b) que

Es evidente que una sociedad moderna descansa en mecanismos razonables de colaboración público-privada, pero para que exista cumplimiento de buena fe de ese

acuerdo es conveniente no olvidar que en la ejecución de las obligaciones públicas debe garantizarse la continuidad, regularidad y no discriminación de éstas frente a los usuarios. Y no porque esa cooperación se transforme en estatal, sino, sencillamente, porque cuando los privados deciden colaborar en lo público también dejan de lado la satisfacción plena de su autonomía individual. (p.13)

Como contraparte, en cuanto al rol estatal, su posición de garante ha sido así también entendida en las Comisiones Investigadoras de la Cámara de Diputados SENAME I¹³⁸ y II¹³⁹, respecto de las autoridades y funcionarios públicos que citan, por los hechos anómalos acontecidos en centros administrados por organismos colaboradores, como igualmente lo declara el Informe del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁴⁰, que se refiere a los Centros Residenciales “bajo control directo o indirecto” del SENAME, el que constata la existencia de violaciones por parte del Estado a los derechos de los NNA, por los que se imputan responsabilidades estatales, administrativas y políticas en los casos de vulneración ocurridos en dichas entidades.

¹³⁸ Véase el Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del SENAME, de 4 de marzo de 2014. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=10892&prmTIPO=INFORMECOMISION>

¹³⁹ Véase el Informe Comisión Especial Investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del Informe de la Comisión Investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental, de 27 de junio de 2017. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=35387&prmTIPO=INFORMECOMISION>

¹⁴⁰ Véase el Informe de la Investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones. Recuperado de http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comité_de_la_Niñez_de_ONU.pdf

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en esta investigación, sobre la naturaleza y los avances conceptuales en la noción de servicio público, las características de las subvenciones en general y aquellas distintivas contempladas en el marco normativo fijado por la ley N° 20.032, se pudo observar que la hipótesis planteada puede ser comprobada, ya que, según lo revisado, la subvención que se otorga a los colaboradores acreditados para financiar las líneas de acción que ese preceptiva contempla configura una relación de prestación indirecta de servicio público por parte del receptor privado de los fondos estatales que aquella contempla.

Dicha aseveración se basa en las siguientes consideraciones que permiten acreditar lo planteado.

1. La subvención normada en la ley N° 20.032 contiene indicadores de servicio público, como sus características y la finalidad a que atiende, que permiten calificarla como una variante en las fórmulas de gestión indirecta. Para concluir esto, es necesario también reconocer que el elemento de la *publicatio* ha variado en la forma en que se manifiesta en cuanto a la configuración del mismo, principalmente en su prestación a través de privados, sea que se trate como la liberalización de los servicios o como técnicas de autorización, regulación o financiación.
2. En el régimen analizado la Administración, además de verificar la correcta inversión de los fondos públicos que transfiere, cuenta con competencias para actuar como garante de las prestaciones que la subvención implica en los términos que se exigen para el servicio público, las que el SENAME ejerce mediante mecanismos de tutela e intervención.
3. No basta el otorgamiento de una subvención o una transferencia de recursos para entender que alguna actividad ha sido publicitada. Sin perjuicio de ello, la creciente asunción de actividades realizadas por los particulares en las que el Estado interviene o direcciona, debe llevar a

replantear la forma en que el servicio público es entendido y gestionado, en orden a determinar de manera transversal bajo qué condiciones la técnica subvencional o presupuestaria podría conformar un ejercicio de actividad administrativa prestacional, que debe ser reconocida y garantizada cómo tal.

4. Por lo expuesto, es que luego de realizado el presente trabajo y constatadas las indicaciones finales, sus resultados esperan contribuir al área del Derecho Público al plantear una realidad que dé origen a una reformulación de la actividad administrativa, apostando a un nuevo enfoque de análisis, basado en la convergencia de la satisfacción de necesidades públicas por parte del Estado, junto a una especial forma de intervención ejercida mediante la subvención.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2016). Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad. *Revista de Derecho Público*, (55/56), 143-160.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- BOENINGER KAUSEL, E. (2010). *Políticas públicas en democracias: institucionalidad y experiencia chilena, 1990-2006* (3ª ed.). Santiago: Uqbar Editores.
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2008). Las Modalidades de la Actividad Administrativa y Los Principios Que Rigen La Actuación de La Administración Del Estado. En Pantoja, R. (coord.). *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra* (pp. 241-276). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2010). Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Sustancial de La Administración Del Estado (1ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. (2018). Informe de la Comisión Especial Investigadora de los Programas Gubernamentales calificados como de Desempeño Insuficiente, y las razones administrativas y presupuestarias que explicarían su resultado. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=43149&prmTIPO=INFORMECOMISION>
- CASSAGNE, J. (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). *Revista de Administración Pública*, 140, 95-110.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. (2004). Libro verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>
- CORDERO VEGA, L. (2006). Los Contratos Públicos como medio de intervención y regulación estatal. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 17, 31-46.
- CORDERO VEGA, L. (28 de agosto de 2015). Declaración Judicial de Servicio Público. El Mercurio Legal. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904182&Path=/OD/CB/>
- CORDERO VEGA, L. (5 de noviembre de 2018). Objeción y obligaciones públicas. *La Segunda*, p. 11.

- CORDERO VEGA, L. (10 de diciembre de 2018). Sociedad civil y servicio público. *La Segunda*, p. 13.
- DE LA RIVA, I. (2004). *Ayudas públicas (incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*, (1ª ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- DORREGO DE CARLOS, A. Y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (2009). La colaboración público-privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros. Madrid: Editorial Ley.
- ELENO RODRÍGUEZ, D. (1994). Acto administrativo y relación jurídica de gasto. En *La ejecución del gasto público: procedimientos y control*, 47-82. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1983). *La Subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- GALLO FELIÚ, P. Y MIRANDA CERDA, J. (1963). *Las Subvenciones Estatales. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Universitaria S.A.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo I* (14ª ed.). Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo II* (12ª ed.). Navarra: Editorial Thomson Civitas
- GARCÍA MACHMAR, W. (2011). *La subvención en el derecho administrativo* (1ª ed.). Santiago: Librotecnia.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2009). La disciplina constitucional del principio de subsidiaridad en Italia y Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII(33), 391-426. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/713/672>
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2015). Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV(45), 313-337. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n45/a12.pdf>
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2016). La distribución de riesgos en el contrato de concesión de obra pública. En J. Bermudez Soto (ed). *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

- MARIENHOFF, M. (1976). El Servicio Público y Sus Variadas Expresiones. *Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile*, 1, 177-184.
- MEDINA GUIJARRO, J. (1999). Competencias y procedimientos para el reintegro de subvenciones y ayudas públicas. *Revista Española de Control Externo*, 1(1), 143-164.
- MORAGA KLENNER, C. (2007). *Contratación Administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MORAGA KLENNER, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de La Administración Del Estado* (1ª ed.). Santiago: Legal Publishing.
- OECD. (2017). Análisis De Gobernanza De Infraestructura: Chile. Brechas y Estándares de Gobernanza de la Infraestructura Pública en Chile. Mensajes Clave. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/budgeting/brechas-y-estandares-de-gobernanza-de-la-infraestructura-publica-en-chile.pdf>
- PALLAVICINI MAGNÈRE, J. (2011). El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. *Anuario de Derecho Público*, (1), 213-215.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, J. (2012). Tratado jurisprudencial de derecho administrativo. Tomo III, Ley N° 18.575 interpretada. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Santiago: Thomson Reuters.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, J. (2015). *Derecho público financiero* (1ª ed.). Santiago: Thomson Reuters.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2008). La tipología por la Administración Pública como función estatal, en su proceso adaptativo a la evolución experimentada por el Estado Moderno Constitucional: Desde la summa potestas a la concreción humanista de la solidaridad. En Pantoja, R. (coord.). *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra* (pp.143-221). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, S. (2013). El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. *Revista de Derecho Público*, (79), 115-144.
- QUINTANA BENAVIDES, A. (2014). El principio de subsidiaridad. *Revista de Derecho Público*, (Número Especial Marzo), 125-136.
- RAMIÓ, C. (2009). *La colaboración público-privada y la creación de valor público*. Barcelona: Diputación de Barcelona.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014a). *Diccionario de la Lengua Española* (23nd. ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=9j7x3u4>

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014b). *Diccionario de la Lengua Española* (23nd. ed.). Recuperado de <<http://dle.rae.es/?id=AeOXXfq>>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014c). *Diccionario de la Lengua Española* (23nd. ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=IAzM5Tz>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014d). *Diccionario de la Lengua Española* (23nd. ed.). Recuperado de < REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014c). *Diccionario de la Lengua Española* (23nd. ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=YbM4OdD>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2014e). *Diccionario de la Lengua Española* (23nd. ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=EPQzi07>
- SENAME. (2018a). Catastro de la Oferta Programática de la red SENAME. Recuperado de <http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2015/10/201811-CATASTRO.pdf>
- SENAME. (2018b). Concursos Públicos Colaboradores. Recuperado de <http://www.sename.cl/web/concursos-publicos-proyectos-colaboradores/>
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público* (1ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (1963). *De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada*. Santiago: Editorial Universitaria.
- SOTO KLOSS, E. (2002). La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno. *Ius Publicum*, (9), 111-117.
- STIGLITZ, J. (2000). *La Economía del Sector Público* (3ª ed.). Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- TORRADO SANCHO, J. (2016). *La modernización administrativa: el marco jurídico de la gestión pública* (1ª ed.). Madrid: Editorial Sanz y Torres.
- VERGARA BLANCO, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (12), 33-49.