



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**“LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA, LA HUÍDA DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL RETORNO AL
DERECHO PÚBLICO”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

MIJAEL FRANCISCO STRAUSS KLEIN

Profesor Guía: Jaime Andrés Jara Schnettler

Email: mstraussk@gmail.com

Télefono: 9-3372356

<u>INDICE DE MATERIAS</u>	2
<u>INTRODUCCIÓN</u>	4
<u>I PARTE: LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y LA HUÍDA DEL DERECHO PÚBLICO.</u>	
Capítulo 1: HUÍDA DEL DERECHO PÚBLICO	13
1.1 Manifestaciones prácticas de la Huída del Derecho Público: La privatización y el <i>outsourcing</i> en la gestión pública.	29
1.1.1 La Privatización de la Gestión Pública.....	29
1.1.2 La Tercerización o <i>Outsourcing</i> en la Administración del Estado...	32
Capítulo 2: SISTEMAS DE FUNCIONES PÚBLICAS	39
2.1 Sistema de Función Pública en Chile.	41
2.2 El Estatuto Administrativo: Concepto y Evolución.....	42
Capítulo 3: SERCOTEC: ¿UN EJEMPLO DE LA HUÍDA DEL DERECHO PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS?	46
<u>II PARTE: EL RETORNO AL DERECHO PÚBLICO</u>	
Capítulo 4: LAS SOCIEDADES ESTATALES	54
4.1 Concepto y Características de las Sociedades Estatales.....	54
4.2 Naturaleza del fin perseguido por las Sociedades Estatales.....	57
4.3 Límites a las actividades desarrolladas por las Sociedades Estatales.....	60
4.4 Control de la Actividad de las Sociedades Estatales.....	63
Capítulo 5: PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN	
5.1 Orígenes del Derecho a la libertad y acceso a la información.....	69
5.2 Principios Rectores de la legislación sobre acceso a la Información Pública.....	71
5.3 Órganos de Control del Derecho a la Información.....	74
5.4 El principio de Transparencia y Acceso a la Información en Chile.....	76
5.5. Ley de Transparencia.....	77

Capítulo 6: REGULACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1	El Problema de la Economía y el Mercado.....	84
6.2	Competencia.....	85
6.3	Fallas del Mercado.....	86
6.3.1	El Monopolio.....	87
6.3.2	El Oligopolio.....	87
6.4	El Decreto Ley N° 211.....	88
6.4.1.	El Bien Jurídico Protegido por el DL. 211.....	90
6.4.2.	Estructura del DL. 211.....	92

Capítulo 7: CONTROL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

7.1	Control Político o Parlamentario de la Administración del Estado.....	99
7.1.1	Solicitud de Información.....	101
7.1.2	Interpelación de los Ministros.....	103
7.1.3	Acusación Constitucional.....	104
7.2	Control Administrativo de la Administración del Estado.....	111
7.3	Control Jurisdiccional de la Administración del Estado.....	121
7.3.1	Situación de los Tribunales Contencioso Administrativos en Chile.....	121
7.3.2	El Recurso de Protección.....	124

Capítulo 8: CONCLUSIONES.....128

8.1	Comentarios finales respecto a la Nueva Gestión Pública y la <i>huida del Derecho Público</i>	128
8.2	Comentarios finales respecto del Servicio de Cooperación Técnica como un posible reflejo de la <i>huida del Derecho Público</i> en nuestro país.....	129
8.3	Comentarios finales respecto del Principio de Subsidiariedad del Estado en materia económica.....	130
8.4	Comentarios finales respecto del Principio de Especialidad de giro de la actividad empresarial del Estado.....	131

8.5	Comentarios finales respecto de los mecanismos de control de la actividad administrativa del Estado.....	134
-----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	135
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Desde el término de la Segunda Guerra Mundial la sociedad en la que vivimos evolucionó de una forma sumamente vertiginosa, de manera tal que el Estado fue perdiendo de forma paulatina su protagonismo dentro de la vida comunitaria frente a un alza de las políticas de mercado que permitieron dar mayor protagonismo al mundo privado de las empresas, pues el Estado de post-guerra se orientó a consolidar la seguridad nacional de los diversos estados, la seguridad social, la salud y la previsión de sus ciudadanos desde una óptica en la que el Estado formulaba e implementaba programas en vez de generar un debate político en torno a las bases, necesidades, forma de llevar a cabo y fundamentos de dichos programas. Lo anterior provocó que la visión estado-céntrica de la Administración del Estado que predominaba con el Estado de Bienestar se vio reemplazada por una visión mercado-céntrica que puso a las empresas privadas como competencia directa del Estado en la función de prestación de servicios y que se tradujo en una dura crítica política hacia el Estado: “Por un lado, la derecha política criticaba que el Estado falló en su misión de generar las libertades para crear las condiciones de un adecuado funcionamiento del mercado y por otro lado, la izquierda reclamaba la incapacidad del Estado para superar la pobreza y las inequidades sociales”¹. Dicha evolución, sumado al fuerte aumento de la esperanza de vida y de la población anciana, provocaron una fuerte crisis financiera en el modelo de los Estados de Bienestar.

Según el profesor Koldo Echebarría, “la Administración Pública está atravesando por una crisis de los modelos tradicionales que la fundan”². La evolución y transformación que ha vivido nuestra sociedad, desde el término de la Segunda Guerra Mundial (momento en el que podemos fijar el nacimiento del

¹ LÓPEZ CALERA, Nicolás. “Yo, El Estado”. España, Editorial Trotta, Madrid, 1992. Pág 38.

² ECHABARRÍA, Koldo. “Los dilemas del diseño organizativo en la gestión pública”. Del libro de Francisco Longo y Tamyko Ysa “Los escenarios de la Gestión Pública del siglo XXI”. Escuela de Administración Pública de Cataluña, España 2008. Pág. 88.

modelo burocrático de Administración del Estado³) ha provocado que este se vea actualmente debilitado respecto a su función, pues debemos enfrentar el aumento de las necesidades de una sociedad más moderna por un lado, con un estancamiento del sistema de administración pública por el otro, lo que provoca una crisis respecto a la inadaptación por parte del Estado frente al rol que le corresponde ante la sociedad.

Lo anterior llevó a replantear el concepto del Estado y el alcance de sus funciones en pos de consagrarse como un ente que está al servicio de la persona y a sugerir nuevas líneas directrices para que en el futuro dicho ente se consagre como la piedra angular de la colectividad a la que sirve, para lo cual surge en los países anglosajones un concepto doctrinario conocido como *counter bureaucracy*, que critica el estancamiento sistema burocrático de la Administración Pública frente al avance logrado por la administración de las empresas privadas y la Administración Federal y Municipal de los Estados Unidos de América⁴.

En ese marco de discusión surge en 1991, el concepto de la Nueva Gestión Pública basado en la creación de un modelo administrativo post-burocrático y en las reformas a la Administración del Estado llevadas a cabo por el gobierno del Reino Unido y que es definida y tratada por vez primera en el trabajo titulado “*A public Management for All Seasons*” de Christopher Hood. Para dicho autor, el nuevo eje de cambio de la Administración del Estado, reflejado en las reformas del Reino Unido, EEUU, Japón y Nueva Zelanda entre otros países, debe llevarse a cabo siguiendo 4 criterios fundantes:

- Intensión de frenar el crecimiento del gobierno en lo referente a la cantidad de Recursos Humanos utilizados por este y el gasto público que ello conlleva.
- Privatizar o cuasi-privatizar la provisión de servicios.

³ Al hablar de Modelo Burocrático de la Administración del Estado, nos estamos refiriendo a aquel modelo que copió la organización industrial en pos de alcanzar la eficiencia y la extrapoló al ámbito de la Administración Pública, caracterizándose por la impersonalidad, las funciones públicas definidas, un fuerte marco normativo-regulador y un presupuesto definido con su consiguiente control de gasto.

⁴ Un reflejo de este nuevo pensamiento lo podemos ver en las palabras pronunciadas en un discurso por Al Gore en 1993: “Estamos decididos a dejar de ser una administración de la era industrial para convertirnos en una administración de la era informática; a dejar de ser una administración de sus propios intereses para convertirnos en un gobierno con vocación de servir al pueblo”.

- Automatizar las tecnologías de la información, producción y distribución de servicios públicos y
- Desarrollar una agenda internacional enfocada a discutir los temas principales de la Administración Pública, replanteando el diseño de políticas y los procesos de decisión por sobre todas las cosas⁵.

Los criterios recién enunciados sentaron las bases para lo que vendría a ser las reformas realizadas por ejemplo por el Presidente Clinton en EEUU, quien a poco tiempo de asumir lanza la Revisión del Desempeño Nacional (*National Performance Review*) y un acta de desempeño y resultado del gobierno orientada a evaluar la Administración del Estado de acuerdo a un criterio más objetivo y de resultados que se pueden resumir en las palabras del Profesor Barzelay: "Por una Administración Pública que haga más y cueste menos"⁶ y que luego se fueron traduciendo en propuestas concretas que se fueron expandiendo a lo largo y ancho del mundo hasta formar una suerte de catálogo de recomendaciones prácticas dentro de las que podemos destacar:

- Profesionalizar las funciones y cargos de la Administración del Estado.
- Establecer un sistema de control discrecional, activo, visible y transparente.
- Definir metas claras y los indicadores según los cuales se evaluará su cumplimiento, dándole más énfasis a lo cuantitativos que a lo cualitativo.
- Descentralizar la actividad administrativa en torno a instituciones dotadas de presupuesto propio.
- Fortalecer la competitividad del sector público y tomar como ejemplo la gestión privada y sus diversos estilos de administración.

⁵ HOOD, Christopher, "The Art of the State". Oxford University, EEUU 2000.

⁶ BARZELAY, Michael y Babak Armajani, "Atravesando la burocracia: una nueva perspectiva de la administración pública", México DF, 1998.

Estos 5 puntos, que hoy en día pueden resultar hasta obvios, eran desconocidos hasta la época de su planteamiento y en su momento provocaron una verdadera revolución dentro del ámbito de la Administración Pública que se traduce en un enfoque más pragmático orientado a solucionar los problemas que nunca consideró como tales el modelo del Estado de Bienestar, que pusieron en la mesa de discusión la relación existente entre la gerencia privada y la Administración del Estado e incluso la posibilidad de importar mecanismos y herramientas propios de la primera e implementarlas en la segunda y que sentaron el precedente para comenzar a hablar ya derechamente de la Nueva Gestión Pública como modelo a adoptar en pos de una mayor eficacia y efectividad para la actividad administrativa del Estado.

Los consejos otorgados por Hood fueron analizados y discutidos por diversos autores, pero para el presente análisis nos limitaremos a analizar a aquellos que estimamos más relevantes por haber contribuido a la nutrición y consecuente evolución del concepto más allá de haber generado un interesante y útil debate en torno al tema. Dentro de este contexto, cabe analizar la propuesta planteada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), que establece que es hora de dejar atrás la trilogía compuesta por la Eficacia, Eficiencia y Economía como principios bases de la actividad administrativa, agregando una serie de elementos que permiten una actividad más global, en contacto más estrecho con sus ciudadanos y al mismo tiempo coherente, para lo cual plantean:

- La necesidad de devolverle autoridad y entregar flexibilidad a la Administración Pública.
- Desarrollar la competencia usando mecanismos de mercado.
- Asegurar un control basado en la responsabilidad, transparencia y visibilidad.
- Mejorar la gerencia de recursos humanos, poniendo especial énfasis en su reestructuración.

Los puntos recién descritos y planteados por la OCDE buscan derechamente alcanzar una mejor economía, eficiencia, calidad y eficacia por un lado, al mismo tiempo que por el otro se facilita un control político y una transparencia destinada a mejorar la imagen del gobierno. Pero lo más relevante del análisis realizado por OCDE, es que por sobre todas las cosas, hace especial hincapié en el hecho de que los principios recién descritos son extrapolables a cualquier país del mundo que busque girar el timón de la Administración Pública en la dirección correcta.

Para Patricio Orellana Vargas, esta nueva concepción de la Administración Pública “abre el servicio público hacia la comunidad: Los resultados pasan a ser importantes, se controlan los costos, se rompe la rutina y se hacen evaluaciones con los clientes”⁷, con lo que se comienza a hablar de un gobierno más económico y eficiente, con servicios de mayor calidad y programas más eficientes que finalmente introduce el término de *public Management* para reemplazar el, ya entrado en desuso concepto de Administración Pública tradicional contemplada por el Estado de Bienestar.

Ya para hablar de la NGP dentro de America Latina es importante mencionar que la consolidación de la democracia o la necesidad de lograr un equilibrio económico que haga a los países de la región disminuir la brecha que los separa de los países desarrollados hizo que la discusión en torno a los nuevos cánones que informan la gestión pública se atrasara en nuestra región, pues mientras en los países del mundo anglosajón se revisaban dichos temas, en América los países debían estar orientados a establecer definitivamente la democracia que tantas veces se vio interrumpida a lo largo de las décadas del 50, 60 y 70 del siglo XX, lo que trajo consigo, según las palabras de los profesores Eduardo Araya y Andrés Cerpa “que en Latinoamérica no se hayan completado los procesos fundamentales del modelo weberiano de la Administración del Estado, como por ejemplo la plena profesionalización de la burocracia que efectivamente se alcanzaron en los países desarrollados”⁸. Sin embargo, desde el año 1998, el Centro

⁷ ORELLANA VARGAS, Patricio. “Contra la Burocracia”. [En línea] http://probidadenchile.cl/ver_articulo.php?cat=4&art=59. Consultado el día 5 de Julio de 2011.

⁸ ARAYA, Eduardo y Cerpa Andrés, “La nueva gestión pública y las reformas en la Administración Pública Chilena”. [en línea] Revista de Estudios Politécnicos Tékhne N°11, Junio de 2009 <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?pid=S1654-99112009000100003&script=sci_arttext>

Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (en adelante CLAD) ha estado revisando y discutiendo los postulados planteados por la NGP y se ha orientado a generar lineamientos de aplicación práctica basado en la idiosincrasia latinoamericana y que según el punto de vista del Centro debe tener como líneas directrices la Profesionalización de la Alta Burocracia, una Administración Pública transparente y responsable, una descentralización de la ejecución de los servicios públicos y una orientación en la que prime el control sobre los resultados por sobre el control de los procedimientos⁹, con lo que se plantea la generación de una nueva burocracia profesionalizada, bien remunerada y basada en el mérito y no –como se pensó en un momento- la desaparición de la misma por un eventual colapso del modelo weberiano de Administración Pública.

Luego de haber comentado el surgimiento, la evolución y las discusiones referentes a la NGP tanto en el ámbito mundial como en el latinoamericano, estimamos procedente comentar el estado de la misma en el marco de nuestro país desde una óptica más teórica¹⁰ reflejada en una marcada aplicación de los puntos entregados por el OCDE y que en nuestro país se tradujeron entre otros puntos relevantes por:

- Un acercamiento a utilizar los medios de mercado en pos de aumentar la eficiencia de la prestación de servicios, que se puede ver en el copago de ciertos servicios por parte de los usuarios y la contratación de servicios de profesionales para el sector público.
- Una regularización más acabada de los mecanismos de control de la Administración del Estado, consagrándose la Contraloría General de la República como ente controlador de la legalidad complementándose con las Auditorías Internas de Gobierno y la Cámara de Diputados.

Esta corriente de pensamiento plantea la aplicación de un modelo gerencial en la actividad administrativa del Estado y se basa en la flexibilidad y eficiencia que poseen las empresas privadas derivadas del alto nivel de exigencia que la

⁹ De acuerdo al texto elaborado por el CLAD “Una Nueva Gestión Pública para América” [en línea] <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/UNPAN000161.pdf>

¹⁰ La aplicación práctica de la NGP en nuestro país se puede ver en el capítulo referente a la Evolución de la Administración del Estado en Chile del presente trabajo.

competencia empresarial les impone. Existe una vertiente radical dentro de esta postura que plantea una privatización completa del aparato administrativo, sin embargo, la vertiente más moderada plantea la posibilidad de sacar de los modelos empresariales, las herramientas más eficaces que puedan ser aplicadas a la gestión pública.

De manera meramente explicativa –y para ayudarnos a entender mejor las diferencias entre un sistema y otro- nos permitimos adjuntar un cuadro resumido de comparación entre los paradigmas determinados por la típica gestión pública en contraste con los planteados por la Nueva Gestión Pública:

PARADIGMA BUROCRÁTICO	PARADIGMA DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA
Interés público	Resultados que valoran los ciudadanos
Eficiencia	Calidad y valor
Administración	Producción
Control	Lograr el apego a las normas
Especificar funciones, autoridad y Estructura	Identificar misión, servicio, clientes y resultados
Justificar costos	Entregar valor
Implantar responsabilidad	Rendición de cuentas, fortalecer las relaciones de trabajo
Seguir reglas y procedimientos	Entender y aplicar normas Identificar problemas Mejorar continuamente los procesos
Operar sistemas administrativos	Separar el servicio del control
	Lograr apoyo para las normas
	Ampliar las opciones del cliente
	Alentar la acción colectiva
	Ofrecer incentivos
	Enriquecer la retroalimentación

Fuente: (Barzelay y Armajani, 1998)

El fenómeno conocido como *la huida del Derecho Público* –y que es conocido también como- *Privatización de la Administración Pública* se ha debatido con bastante actividad dentro de la doctrina de países extranjeros; sin embargo dicha discusión no ha aterrizado con ímpetu dentro de nuestra legislación.

De acuerdo a lo establecido por el modelo francés originado con la Revolución Francesa, nuestro país ha adoptado un régimen que plantea por un lado, una serie de prerrogativas y garantías que favorecen a la Administración y por otro lado, una serie de garantías y cautelas orientadas a proteger el interés público ante eventuales excesos por parte de los administradores.

De dicha situación, desprende parte de la doctrina, se ha pasado a una aplicación un tanto indiscriminada del Derecho privado, originándose así una verdadera huída del Derecho Administrativo que se traduce en la progresiva desaparición de los procesos administrativos de control, de selección de contratistas y regímenes funcionarios de la administración del Estado, renunciando así a los procedimientos de control y contrata tradicionales en pos de la obtención de una flexibilización de la Administración del Estado que se acerca tangencialmente a lo que acontece dentro de las empresas privadas.

Dicha migración del Derecho Público comienza cuando el Estado empieza a intervenir dentro de la vida económica del país para potenciar la actividad industrial, sin embargo, la novedad que nos concierne es el uso de nuevas formas societarias típicas del Derecho Privado dentro del ámbito de la Administración estatal, dando paso así a una verdadera entrada de la administración pública como competidor de las empresas particulares.

Según la opinión de aquellos autores que defienden la remisión al derecho privado por parte de la administración del Estado es básica y someramente la inadecuación del Derecho Administrativo contemporáneo para asumir y cubrir el nuevo rol del Estado como productor por un lado, junto con la mayor flexibilidad que le otorga a la administración del Estado en su manejo su adecuación al *Ius Commun*, puesto que justamente la actuación del Derecho Público se basa en un criterio de monopolio exclusivo tendiente a mantenerse al margen de la competencia, la gestión económica planteada por esta huída del Derecho supone una actividad dentro del mercado en posición de competencia que no se podría lograr en el caso de que la Administración interviniera como un ente prepotente y monopólico.

Una discusión más profunda merece el hecho de la creación de entes públicos que sujeten su actuar al Derecho Privado; hito que puede ser considerado como aquél que da origen real al fenómeno que tratamos, puesto que dichos entes no pueden ser categorizados dentro de la actividad industrial del Estado, puesto que actúan generalmente en el terreno de los servicios públicos prestándolos de forma monopólica y utilizando obras públicas. Este hecho, nos lleva ineludiblemente a preguntarnos si es que la aplicación del Derecho privado a través de la creación de dichos entes constituye un intento de huída de los procedimientos y principios que han de regir el actuar de la Administración Pública –y que se traducirían en una merma de determinadas garantías- camuflado por el pretexto de la consecución de una mayor eficacia y flexibilidad en su actuar o si es que por el contrario, la creación de estos entes *sui generis* representan un intento de renovación por parte de la Administración del Estado en pos de reformularse a si misma a través de la adaptación de sus órganos a figuras más móviles y flexibles.

A lo largo de este trabajo, se pretenderá establecer si es que el fenómeno de la *Huída del Derecho Público* se ha visto reflejado o no en nuestro país y –en caso de ser afirmativa la respuesta- cuáles son sus manifestaciones y finalmente si es que dicho fenómeno se ha consolidado como política pública o si –según explican algunos autores- ha ido en retirada para retornar a un Derecho Público-Administrativo aún más fuerte, pudiendo distinguir finalmente si es que ocurrió realmente en nuestro país ese giro que sustituye la figura del Estado Social por ser un sistema administrativo poco idóneo para satisfacer las necesidades actuales por una nueva forma de gestión que sea capaz de hacerle frente y adaptarse a las nuevas exigencias económicas que el sistema neo liberal trajo consigo.

I PARTE: La Nueva Gestión Pública y la Huida del Derecho Público

CAPÍTULO 1: Huida del Derecho Público

La *Huida del Derecho Administrativo*, es un tema que viene tratándose desde la década de los 80's preocupando a los estudiosos de esta rama del derecho. Por un lado, algunos autores apoyan y justifican la aplicación del Derecho Privado a la administración, mientras que por otro lado, otros autores denuncian la falta de garantía que ello conlleva. Pese a todo, algunas legislaciones hacen caso omiso de las llamadas de atención de la doctrina insistiendo en relajar o derechamente obviar los controles y garantías que el Derecho Administrativo importa.

Detrás de todo proceso existen razones, en este caso se trataría de la adecuación de los principios básicos sobre los que se sustenta la Administración del Estado, creados desde hace ya más de un siglo y la implementación en la misma de figuras que se gestan a partir de las relaciones inter privados y que, en algunos casos, suponen formas de organización más flexibles y eficientes a la hora de satisfacer las necesidades planteadas por la Administración Pública, manteniendo las garantías sobre las que se basa la gestión administrativa. Visto desde otro punto, estas huidas del derecho administrativo pueden servir para eludir los controles diseñados para y por la administración encaminadas a garantizar el buen uso de los recursos públicos, la transparencia y legalidad de los actos de la administración y los derechos de los ciudadanos. Así, en muchos casos, la huida del derecho administrativo podría ir más en beneficio de los gestores que de la gestión misma e importa a estos la posibilidad de mayores retribuciones, de oportunidades para beneficiar a sus relacionados, de malversar los fondos públicos y de cometer abusos de poder.

Si bien la modernización de la gestión del Estado y, por consiguiente, de la Administración Pública es un proceso que debe enfrentarse atendiendo a las nuevas realidades sociales y económicas de un país, no es menos importante otorgar iguales espacios a la tradición e implementar nuevos modelos que conjuguen con mayor flexibilidad y eficacia los desafíos a los que se ve enfrentada la Administración del Estado, la que se ve obligada a expandir su actuación y sus medios de control alcanzando ámbitos privados, otrora considerados fuera de su incumbencia, pero que debido al impacto social que reportan, exigen de la Administración Pública garantías y sobre todo la protección de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo, en nuestro país, se ha ido modelando a semejanza del régimen de Derecho Administrativo francés clásico, es decir, un régimen de Derecho Administrativo para la actividad de la administración, régimen de prerrogativas exorbitantes a favor de esta última, pero también de garantías y cautelas del interés público frente a posibles excesos de sus administradores, un derecho cuyo efectivo cumplimiento debiera encomendarse a una jurisdicción especial: la contencioso administrativa.

Para comenzar, la palabra Administración tiene su origen en el vocablo latín “ad-ministrare” (ad: ir hacia) (ministrare: servir) y proviene de los tiempos en que los ministros romanos desarrollaban sus actividades dentro del organigrama político del Imperio, pero dicho concepto ha evolucionado considerablemente, por lo que hoy podemos hacer una distinción entre dos puntos de vistas para entender el concepto de Administración.

Por un lado, desde una óptica formal, se puede entender que se habla de la entidad encargada de ejercer la administración, o de aquel organismo público que detenta el poder político, la competencia y los medios necesarios para lograr la satisfacción de los intereses generales de una determinada comunidad. Por otro lado y desde una óptica material, se considera a la Administración del Estado como la actividad misma o su fase de ejecución en pos de la satisfacción de los intereses de los ciudadanos de un Estado determinado.

A pesar de lo anterior, la administración Pública no ha sido definida de manera unánime. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la “acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y el resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado”, pero desde un punto de vista más legalista –aunque bastante amplio- el Profesor Manuel María Díez la define como “un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas orientadas a realizar la función administrativa y la gestión del Estado”¹¹.

¹¹ DIEZ, Manuel María. “Manual de Derecho Administrativo”. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

En un sentido más concreto, se podría decir que la Administración del Estado supone un puente entre el Poder Político del Estado y la Ciudadanía ya que es precisamente a través de la Administración Pública (a través del Poder Ejecutivo¹²) que se busca satisfacer de forma inmediata las necesidades de los ciudadanos de un país determinado¹³.

Esta maquinaria que supone al Administración Pública, tiene asidero en la Constitución Política de la República, pues el artículo 24 de ese cuerpo legal establece que “El Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado” y que debe ser ampliado y complementado con el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁴ que establece: “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”, para luego agregar en su inciso segundo 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...”, con lo que cabe concluir que si bien la función Administrativa es encargada al Presidente de la República, éste la debe ejercer con la colaboración de las entidades que señala la Constitución Política de la República y las leyes. Dichas entidades pueden ser clasificadas en centralizadas y descentralizadas. Las entidades centralizadas son aquellas que a pesar de ser creadas por la ley, carecen de personalidad jurídica propia, por lo que actúan a través del fisco y son dependientes del Presidente de la República a través del Ministerio que corresponda, mientras que las descentralizadas son aquellas entidades a las que el legislador les ha otorgado personalidad jurídica y patrimonio propio y que también son dependientes del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo.

Dicho lo anterior y entendiendo que la Administración Pública se orienta a la satisfacción del interés público, es importante mencionar que esta se puede dividir

¹² GASCÓN Y MARÍN, José. “Tratado de Derecho Administrativo”. Madrid: Imprenta Clásica Española

¹³ A diferencia de los Poderes Judicial y Legislativo, que si bien buscan satisfacer las necesidades de la ciudadanía, lo hacen de una forma mediata o indirecta.

¹⁴ Ley número 18.575 del año 1986

de acuerdo a los fines a los que apunta el gobierno, pudiendo ser prestadora de servicios públicos, de policía o de fomento.

Para encontrar los primeros indicios de la regulación de la Actividad Administrativa del Estado en nuestra legislación, debemos remontarnos a la Constitución Política de la República de 1833 que planteaba un modelo centralizado basado en el Presidente de la República quien era “el Jefe Supremo de la Nación”¹⁵ y que tenía su origen en el sistema francés post-feudalismo¹⁶, nutrido por los principios de la Revolución Francesa y acabado por Napoleón a través de la instauración de un sistema administrativo dividido en instituciones locales. Cosa que en nuestro país se vio reflejada en la división que la misma Constitución realiza en:

- El Estado, que era la personificación misma de la nación, estructurada de forma piramidal en cuya cúspide estaba ubicado el Presidente de la República, quien estaba asesorado y secundado en dicha estructura piramidal por los Ministros de Estado, que en esa época eran tres (Interior y Relaciones Exteriores; Hacienda; Guerra y Marina¹⁷).
- Las Municipalidades, que eran personas jurídicas menores y territoriales subordinadas a los gobernadores y regidas por alcaldes electos por votación directa y que se encargaban únicamente de prestar los servicios locales de aseo, educación, ornato y recreo entre otros.
- Los Establecimientos Públicos, que eran corporaciones o fundaciones subvencionadas por el Estado o las Municipalidades que dependían de estas últimas y que se orientaban a auxiliar a las personas que necesitasen ayuda mediante el manejo de hospitales, casas de maternidad y casas de huérfanos entre otras instituciones generalmente atendidas por órdenes religiosas.

¹⁵ Artículo 59 de la Constitución Política de 1833.

¹⁶ A su vez este sistema tiene raíces en la Monarquía de Luis XIV y el sistema que Richelieu dio a la Administración Francesa donde cobraban especial relevancia los Intendentes.

¹⁷ La primera reorganización ministerial se lleva a cabo con la creación del Ministerio de Justicia Culto e Integración en 1837. Ocurre una segunda reorganización con la creación del Ministerio de Relaciones Exteriores en el año 1871.

Si bien la primera regulación que se hace en nuestro país respecto de la Administración del Estado está contemplada en la Carta Fundamental ya mencionada, éste cuerpo legal debe ser complementado por la Ley de Régimen Interior de 1844 que buscaba hacer viable a nivel territorial la estructura centralizada contenida en la Carta Fundamental, otorgándole a los Intendentes el gobierno superior de la provincia correspondiente y luego por el Código Civil de 1855, que caracterizó a las personas jurídicas de Derecho Público como corporaciones o fundaciones regidas por leyes y reglamentos especiales¹⁸.

El sistema recién descrito logró suplir de forma bastante completa las necesidades de un Estado joven y de reciente data, pero luego de un tiempo y a causa del crecimiento y desarrollo del país fue resultando insuficiente, por lo que se hizo indispensable realizar una reorganización del aparato administrativo del Estado. De esta forma se fueron creando organismos o dependencias llamados direcciones que estaban a cargo de un director y que contaban con un determinado número de funcionarios que recibían un presupuesto para financiar sus gastos y que pasó a sentar las bases de una nueva administración del Estado institucionalizada ya no radicada casi exclusivamente en la figura del Presidente de la República.

Sin perjuicio de lo anterior, para fijar en el tiempo el inicio de un Estado Social en nuestro país, es necesario remontarnos al año 1920, momento en que asumió la presidencia del país Arturo Alessandri Palma, quien logró introducir mediante su forma de gobernar, las profundas convicciones sociales que poseía y que buscaban acabar con la idea de que “el Estado debía mantener un rol pasivo para no producir descontentos, no crear problemas y poder contar con la confianza tanto de la mayoría como de la minoría”¹⁹. Bajo ese marco se dictaron una serie de leyes consecutivamente promulgadas que reflejaron esta nueva forma social de gobernar y dentro de las que podemos destacar la ley número 4.053 (sobre contrato de trabajo de obreros), la número 4.054 (sobre seguro obrero obligatorio), la número 4.055 (sobre accidentes del trabajo) y la número 4.057 (sobre organización sindical) entre otras.

¹⁸ Por disposición del inciso segundo del Artículo 547 de dicho cuerpo legal.

¹⁹ HEISE GONZÁLEZ, Julio. “Historia de Chile: El periodo parlamentario”. Editorial Andrés Bello, Chile. 1974.

Conjugando el progreso social que logró el gobierno de Alessandri junto con un espíritu descentralizador del aparato de la Administración estatal, podemos decir que dicho gobierno sienta las bases de un sistema administrativo basado en tres pilares: la creación de un Estatuto Administrativo encargado de regular las relaciones laborales de los funcionarios públicos, una descentralización funcional que le otorga mayores facultades y atribuciones a las asambleas provinciales y a las municipalidades²⁰ y un sistema de justicia administrativa compuesto por tribunales independientes.

Estos pilares recién descritos dan paso a un nuevo sistema cuyo inicio puede ser fijado en 1940 y que se puede denominar como el de un Estado de Bienestar basado en las reformas realizadas por los gobiernos radicales del Frente Popular, que planteó un fuerte estímulo de la industrialización del país a través de la participación del Estado en el ámbito económico –que permanecería fuertemente hasta la década de 1970- sin dejar de lado el área social del mismo y que desembocó en la creación de diversos organismos relacionados con el área empresarial del país dentro de las que se encuentran CORFO, CAP, ENAP, LAN y ECA entre otras.

Al detenernos en esta época, debemos señalar que es recién en estos tiempos que la doctrina comienza a hablar de la necesidad de “crear nuevas personas jurídicas capaces de contratar y actuar administrativa y civilmente con la rapidez que las necesidades industriales requieren”²¹ asimilables a los establecimientos públicos descritos con anterioridad para así dejar de lado la burocracia y lentitud con las que se toman las decisiones administrativas del poder central y dar paso a una nueva Administración Pública con un Estado presenta en casi todas las esferas de la sociedad, lo que sumado a la nueva presencia en

²⁰ Sobre este tema, existe una discusión doctrinaria entre los autores Enrique Silva Cimma y Patricio Aylwin Azócar. El primero de ellos manifiesta que la descentralización a la que hace referencia la CPR de 1925 es netamente territorial (siendo aquellos servicios con competencia nacional los centralizados) mientras que el profesor Aylwin argumentaba que se trataba de una descentralización administrativa orientada a prestar los servicios públicos de una manera indirecta a través de Personas Jurídicas de Derecho Público creadas con objetivos determinados, poniendo como ejemplo las Cajas de Compensaciones.

Dicha discusión pareciera tener origen en lo prescrito por el Artículo N°107 de la CPR de 1925: “Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior”.

²¹ VARAS CONTRERAS, Guillermo. “Derecho Administrativo”. Editorial Nascimento, 1948.

materia económica, trajo aparejada la creación de una serie de organismos de naturalezas jurídicas disímiles que conformaron un nuevo paisaje de la Administración Pública de nuestro país. De esta forma nacieron los denominados entes semi-fiscales, que no obedecían a ninguna estructura legal existente a la época, pues el legislador las iba creando a medida que se manifestaban las necesidades a cuya satisfacción estaban orientados estos entes, dejando de lado la discusión referente a la naturaleza jurídica que se debía adoptar para mantener la armonía del sistema administrativo, lo que provocó un problema que se prolongó a lo largo del tiempo²².

Posteriormente, se debe hablar de la reforma administrativa generada por el Gobierno de Eduardo Frei Montalva en la década de 1960, bajo el cual se crean entes como la Oficina de Planificación Nacional (ODEPLAN) y el Consejo Superior de la Seguridad Nacional (CONSUSENA) entre otros.

Siguiendo con la evolución de la administración pública en nuestro país, debemos hablar de la reforma impulsada durante el gobierno de Augusto Pinochet que se caracterizó por un fuerte contenido económico y financiero orientado a crear una economía de mercado en nuestro país, limitando la acción en el campo económico por parte del Estado, fortaleciendo el derecho a la propiedad privada y llevando a cabo la privatización de empresas del Estado y fomentando la apertura del mercado en pos de la inversión extranjera en nuestro país. Además, en este periodo se crea la Comisión Nacional de la Reforma Administrativa (CONARA), que por una parte instauró la estructura territorial de regiones y la planificación regional bajo una óptica centralizadas basada en la regionalización territorial francesa de De Gaulle y por otra se preocupó de replantearse el papel del Estado en el ámbito productivo, financiero, económico y social, trayendo consigo entre otras cosas la municipalización de los servicios primarios de educación y salud pública.

Ya en la década de 1990, bajo el gobierno de Patricio Aylwin y en democracia, las reformas a la Administración del Estado se dan dentro de un marco

²² Incluso más de 20 años después, en 1977, durante la discusión de la nueva Constitución Política, en la sesión 309, del 2 de agosto de 1977, aun se constataba que “ese conjunto de instituciones administrativas existentes en Chile es muy difícil de asir y casi caótico en su nomenclatura, organización y actuación”.

orientado a solucionar problemas pendientes del gobierno anterior, por lo que se crean instituciones como la Secretaría General de la Presidencia, el Servicio Nacional de la Mujer, el Instituto de la Juventud y la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena entre otras, pero que una vez resueltos buscan generar avances en lo referente a otros aspectos, como lo serían por ejemplo la regionalización (a través de la creación de los gobiernos regionales) y las reformas en el ámbito de la salud y la justicia.

Bajo el gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle que comienza en 1993 se puede apreciar un claro compromiso en pos de generar una reforma administrativa que se refleja en la creación del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública que tomaba como criterios a seguir una gestión estratégica, la implementación de tecnologías de información, transparencia y que desembocó en la creación de un Plan Estratégico de Modernización de la Gestión Pública en el año 1997.

El gobierno posterior de Ricardo Lagos comenzó también con un fuerte impulso en pos de la reforma del régimen administrativo del Estado, creando un Programa de Reforma y Modernización del Estado que si bien terminó relegado por la prioridad de lograr acuerdos de libre comercio internacional, logró la suscripción de 49 acuerdos con la oposición de la época que se tradujeron en proyectos de reformas orientados a modernizar la gestión pública e implementar la transparencia dentro de la misma²³.

A continuación, bajo el gobierno de Michele Bachelet, se puede distinguir la tendencia a modernizar la administración del Estado con el establecimiento de la Agenda de Modernización del Estado, que incluye una serie de leyes, modificaciones legales, instructivos y creación de nuevos órganos dentro de las áreas de Transparencia, Modernización del Estado y de la Calidad Política del mismo y cuyo mayor producto podríamos decir que fue la Ley de Transparencia que acabó con el secretismo imperante hasta la época dentro de la actividad administrativa del Estado.

²³ Algunos de estos proyectos fueron concretados a través de la creación de instituciones como el Servicio Civil y la Alta Dirección Pública

En conclusión y tomando en cuenta el viraje de los gobiernos que se sucedieron en nuestro país desde la década de 1990, se puede decir que los criterios que informan la Administración del Estado de Chile son muy similares a los que forman el estandarte de la corriente asociada a la Nueva Gestión Pública y que hoy en día siguen nutriendo la Agenda de Modernización del Estado de Chile, que en el año 2008²⁴ establecía entre otras líneas directrices:

- Prestar Servicios de Excelencia.

- Fomentar la Descentralización del Estado.

- Perfeccionar la Institucionalidad.

- Ejercer la actividad de una forma transparente y con probidad.

- Fomentar la participación ciudadana.

Tradicionalmente el régimen original basado en el modelo francés, abarcaba casi la totalidad de los actos de la administración, exceptuando, aquellos en los que el Estado actúa a través del fisco, sin el ejercicio de prerrogativas ni soberanía. De este modelo, se ha evolucionado, en opinión de algunos, a una aplicación indiscriminada del Derecho Privado a esferas públicas, que se concreta en el proceso de huida de los procedimientos administrativos de control, tildados de lentos, ineficaces, inadecuados e incluso desproporcionados; en la disminución de los controles y garantías para la enajenación de los bienes patrimoniales y en la fuga de los procedimientos tradicionales de selección de personal y régimen funcionario. Esta aplicación del Derecho Privado, se centra sobretudo en la actividad medial o logística de la administración, a través de la relajación o supresión, en algunos casos, de los procedimientos y controles normales de contratación; ya que mediante esta flexibilización de la regulación se pretende obtener mejores y más rápidos resultados en la gestión del aparato público, objetivo que no siempre es garantizado por medio de esta huida de los mecanismos tradicionales.

²⁴ www.modernizacion.gov.cl

La aplicación del Derecho Privado a la administración se va consolidando cuando el Estado comienza a intervenir en la economía a fin de fomentar la actividad industrial del país. Esta Intervención genera una alteración de la realidad administrativa y comienzan a gestarse distintas consideraciones en cuanto a los procedimientos jurídicos a utilizar por la administración, bajo la tesis de que el interés público al que sirve la actividad industrial del Estado, es precisamente el aumento de los bienes económicos estatales, por lo que la Administración ha de entrar al mercado junto con los particulares, participando en condiciones de igualdad e intentado competir con estos últimos.

En opinión de algunos, la razón detrás de la remisión al Derecho Privado de esta nueva actividad de la Administración es la inadecuación del Derecho Administrativo para servir a las nuevas tareas productivas asumidas por el Estado mientras, por el contrario, la aplicación del Derecho Común, supone una mayor flexibilidad a la hora de modular la gestión productiva de la Administración. La clave de esto es que mientras la aplicación del Derecho Público se verifica según el criterio de exclusividad monopolística, la gestión económica supone una actividad en el mercado en posición de competencia con la desarrollada por los privados.

A fin de poder establecer algunos límites a la aplicación de Derecho Privado, es que debe a priori hacerse una distinción entre la actividad industrial productora de bienes materiales, a la que, en opinión de algunos, que debe aplicársele las normas del Derecho Privado, de aquellas otras formas de actividad que se limitan a lo exclusivamente comercial o consisten en la prestación de servicios, que por su proximidad con la concepción clásica de “servicio público” deben someterse a los tradicionales criterios del Derecho Administrativo.

Todo lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con la planificación para el desarrollo económico de los países latinoamericanos y en vías de desarrollo, creada a principios de la década de los noventa por el economista John Williamson, quien postulaba una lista de diez medidas económicas con implicancias en la gestión y organización de la Administración Pública, medidas que se dieron a conocer como “Consenso de Washington”, y que serían luego adoptadas por los países latinoamericanos y en vías de desarrollo para crecer económicamente; estas medidas son:

1. Disciplina fiscal,
2. Reordenamiento del gasto público,
3. Reforma impositiva,
4. Liberalización de los tipos de interés,
5. Tipo de cambio competitivo,
6. Liberalización del comercio internacional,
7. Liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas,
8. Privatización,
9. Desregularización, y
10. Derecho de propiedad.

La lista anterior pasó a aplicarse como política generalizada en casi todos los países en vías de desarrollo, incluyendo Chile. Este consenso no produjo los resultados esperados, pues si bien demostró que el crecimiento económico se encuentra estrechamente ligado al comercio, su mayor defecto fue centrarse más en la eficacia que en el aumento de la productividad, por lo que no generó desarrollo propiamente tal, sino que generó solamente la expansión del comercio internacional y un enorme impulso hacia la globalización. En los países en que este modelo generó mas distorsiones, se le culpa de abrir los mercados laborales de los países subdesarrollados a la explotación de las industrias del primer mundo, lo que tuvo un enorme impacto económico, social y ambiental en dichas comunidades. Otra de las implicancias de la aplicación de este modelo fue el de contraer el rol del Estado dando preponderancia los mercados como agentes de creación de crecimiento y desarrollo económico. Una vez superados los postulados del Consenso de Washington, quedó en evidencia el hecho de que se requiere de un fuerte y cohesionado sistema institucional para garantizar y controlar efectivamente el buen funcionamiento de los mercados.

Otra de las aristas de este proceso de huida, a veces manifestado en la merma de las instituciones que componen la Administración Pública o de sus competencias, otras en su excesiva flexibilización y desregularización; y distinta a la aplicación del Derecho Privado la actividad industrial del Estado a través de las empresas estatales, creadas con mucha anterioridad al proceso que recién enunciamos, es la creación de entes que sujetan su actividad al Derecho Privado,

proceso que inaugura el fenómeno de huida del Derecho Administrativo. Estos nuevos entes privados de iniciativa pública no pueden ser encuadrados en la actividad industrial del Estado ya que más bien forman parte de la denominada “administración invisible del Estado”, actúan a través de personas jurídicas de derecho privado, bajo el régimen aplicable a las corporaciones y fundaciones y se encargan principalmente de desarrollar actividades de acción social o de fomento.

Otros países de Latinoamérica, en los cuales existen este tipo de figuras han elaborado jurisprudencia que sostiene que no basta con asignarle a un ente una forma jurídica de derecho privado para que lo sea, por lo que el velo de estas formas debe levantarse cuando la regulación concreta de la entidad y los poderes que se le transfieren evidencien un ente público. A través de la aplicación de criterios jurisprudenciales como el anterior, es que se intenta frenar y dentro de lo posible impedir la masificación de este fenómeno de huida del derecho administrativo e instrumentalización de entidades privadas de iniciativa pública, si bien existen otras formulas para lograr el fin ulterior que, por supuesto, consiste en mantener los principios constitucionales que justifican y fundamentan toda actividad estatal, así como también las garantías que tienden a la protección de los derechos de los particulares y de los recursos del Estado.

Aquellos que toman una postura a favor de la aplicación del Derecho Privado a la administración exponen que la discusión estriba en determinar si la aplicación del Derecho Privado, a través de la creación de entes instrumentales, a pretexto de conseguir una mayor eficacia en su actuación y resultados, constituyen no un intento de escapar de los procedimientos, procesos y principios que deben regir la administración del Estado, con la consiguiente baja en la garantías que estos previenen, si no que la huida del Derecho Administrativo es además una huida del Estado de Derecho como lo conocemos.

Algunos defienden la aplicación a la administración del Derecho Privado, argumentando que las técnicas de actuación de los particulares permiten a la administración actuar con una flexibilidad y eficacia que impiden los procedimientos públicos, sin que ello implique, en su opinión, la merma de los controles que necesariamente deben darse sobre la actividad estatal, sobre los recursos y el gasto público; ni tampoco repercute mayormente en una pérdida de las garantías

establecidas a favor de los ciudadanos, en su rol de consumidores y/o usuarios de los servicios públicos.

Así para algunos autores la aplicación del Derecho Civil, laboral o mercantil no supone necesariamente dejar a la administración en total y absoluta libertad, puesto que los mecanismos de control son distintos a los que conlleva la aplicación de Derecho Administrativo, pero en ningún caso inexistentes. La normativa que resulta aplicable a estos actos de la Administración regidos por el Derecho Común, no es la que consagra la libertad del propietario de disponer libremente de sus derechos de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del Código Civil; si no que la que sujeta a los administradores a intereses ajenos y colectivos, puesto que la autonomía de la voluntad se encuentra en el Derecho Privado contemporáneo condicionada por jurisprudencia que interpreta en términos amplios las normas del *ius cogens* que limitan la libertad contractual, mediante la proscripción de cláusulas desequilibradas o contrarias a la buena fe, a fin de favorecer a la protección tanto de los empleados públicos, como de consumidores, particulares y usuarios.

Parte de la doctrina postula que el fenómeno de huida del Derecho Administrativo conduce a la elaboración jurisprudencial de un nuevo Derecho Público-Privado adecuado tanto a estos órganos que conforman la Administración invisible del Estado, como a los actos des regularizados de la administración formal y a todo aquello acto de la Administración al que se le aplique Derecho Común, puesto que aún así se les obliga a actuar sujetos a los principios constitucionales, por lo que si el Derecho del Trabajo, Comercial o Civil pueden garantizar dichos principios se estaría cumpliendo con el cometido de otorgar mayor flexibilidad y eficiencia a la actuación de la administración del Estado, sin comprometer con ello la vulneración de garantías y principios constitucionales que han sido elaborados para dirigir la actuación del Estado en todo ámbito, sentando las bases del ordenamiento jurídico moderno. Al no existir tribunales contencioso administrativos en Chile, sería el legislador el llamado a garantizar la efectividad de las normas constitucionales, mediante el uso de su potestad para establecer las normas que integren por una parte, procedimientos de control y libertad de actuación por la otra.

Por lo demás, el ejercicio de potestades públicas esta reservado a las entidades netamente públicas, y no a aquellas entidades privadas de iniciativa

pública, según lo dispuesto en el artículo 6 inciso segundo de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; por lo que nada impide que la administración, renunciando a sus prerrogativas y desde un plano de igualdad con los particulares interactúe mediante las normas del Derecho Privado, especialmente si incorpora a sus actos cláusulas preventivas que garanticen el cumplimiento de la obligación del su contraparte. Esta situación abstracta se complica cuando las garantías otorgadas no son suficientes para garantizar recursos públicos y cuando se incorporan a los actos de la administración cláusulas exorbitantes en desmedro de los particulares. Esto podría manifestarse a través de cláusulas que otorgarán la dirección, inspección, control, interpretación unilateral, modificación del objeto, extrema protección de intereses y beneficios desproporcionados para una parte, el Estado, en desmedro de la otra, los particulares. Lo que a su vez implica una desproporcionada protección de los recursos públicos, que vendría a ser directamente proporcional a la vulneración de los derechos de los privados. Esto es importante ya que de supeditar los actos de la administración exclusivamente al Derecho Común dichas prerrogativas tendrían origen convencional, por lo que deberían juzgarse a la luz de la buena fe y de la conmutatividad de los contratos, sin pasar por un control adicional.

Ahora bien, si en estos actos de la administración del Estado se cumple con los principios de probidad, publicidad y transparencia, aún dejando de lado la aplicación tradicional del principio de legalidad, no existiría problema en afirmar su validez, ya que estos problemas deben imponerse con independencia del tipo de personificación adoptada por la administración, a fin de garantizar la igualdad para los particulares y la obtención de las condiciones más ventajosas para el interés colectivo. Al fin de cuentas, estos actos, al estar destinados a un fin de interés público deben incorporar modalidades que los vinculen a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a las reglas y principios construidos al servicio de la población toda.

Los argumentos en contra de la aplicación del Derecho Común a la administración del Estado postulan que la garantía de los principios a que por imperativo constitucional debe supeditarse la actividad de la administración pasa, necesariamente, por la aplicación a la misma del Derecho Público y terminar con la creación de entes instrumentales con forma pública o privada sujetos al Derecho

Común, porque de acuerdo a esta parte de la doctrina, el principal problema que presentan estas instituciones de la administración pública, que actúan como privados, es la incapacidad de nuestro sistema jurisdiccional para controlar la actividad desarrollada por las mismas; además esta nueva institucionalidad introduce enormes dosis de confusión y desorientación que impiden dilucidar dónde comienza y acaba el Derecho Público y el Privado. La Constitución impone deberes a los poderes del Estado que ninguna norma puede excluir por medio de la creación de entes societarios privados a los que intente dotarse de dichos deberes reservados para ser ejecutados exclusivamente por la Administración Pública. Las personificaciones para actuar en el régimen privado solo pueden justificarse cuando la administración pretende actuar en el mercado libre y a nivel de los demás empresarios, ejercitando actividades netamente mercantiles; ya que ni el legislador ni la administración pueden dispensar a la Administración Pública de su origen, de las personas naturales o jurídicas llamadas por la Carta Fundamental y sus Leyes Orgánicas Constitucionales a ejecutarla, ni de la finalidad a la que la Constitución Política de la República la vincula.

La proliferación de entes de iniciativa pública sujetos al Derecho Privado es consecuencia de la utilización instrumental y táctica del Derecho Común que permite a estos órganos disfrutar de las ventajas del ordenamiento jurídico público y del privado, sin tener que soportar sus inconvenientes; es precisamente por lo anterior, que estos organismos frecuentemente se dediquen a ejercer funciones públicas, como la de fomento, o constituyan entidades cuyo único objeto es la distribución de ayudas públicas.

Para estos autores, el fin de la huida debe pasar necesariamente por la reordenación de la tipología y régimen de empresas públicas, impidiendo que el legislador, y sobre todo la propia administración, manejen a su discreción las categorías jurídicas y configuren arbitrariamente el estatuto de estas entidades privadas de iniciativa pública prescindiendo de las características de la actividad que estas desempeñen y de los fines que persigan con su actividad a la hora de caracterizarlas; y más aun, de someterlas a la aplicación del derecho común o del derecho público, con los distintos mecanismo de control de sus actos que ello conlleva. Sería necesario en definitiva, revisar las categorías de las entidades de Derecho Público, encuadrándolas entre los organismos autónomos, sin perjuicio de

que una parte de sus actividades, delimitada por la ley, quede sometida al Derecho Privado, con lo que salvaguardarían para el Derecho Público los procedimientos de preparación y control de los actos emanados de estos órganos. Asimismo habría que excluir de este tipo de supuestos a aquellos órganos cuyo único cometido consiste en ejercer funciones públicas o de autoridad.

Para terminar exponiendo los argumentos de esta postura basta con sostener que en caso de que se lograra, a partir de la creación jurisprudencial y doctrinaria, un régimen que integrara el Derecho Privado y el Administrativo, esto debe primero que todo encontrar una solución al hecho de que las garantías y controles del Derecho Común están pensadas para la defensa de accionistas, consumidores, usuarios, trabajadores, mas no están destinadas a defender el interés general. Son de hecho las exorbitancias, las sujeciones y procedimientos de control, consustanciales al Derecho Administrativo, porque han nacido para proteger el interés y los fondos públicos los llamados a cumplir con esta misión. No se puede prescindir de los controles previos sobre los que se instrumenta el Derecho Administrativo ya que se pierde, a través de ello, parte de los mecanismos destinados a la protección de los principios Constitucionales, los fines y el patrimonio público.

1.1 Manifestaciones prácticas de la Huída del Derecho Público: La privatización y el *outsourcing* en la gestión pública.

Ya analizado el fenómeno en cuestión, estimamos menester dar a conocer las diversas formas prácticas que puede adoptar el fenómeno que hemos descrito como huída del derecho público y que básicamente se dividen en 2 formas a saber.

1.1.1 La Privatización de la Gestión Pública.

La privatización de la gestión pública que puede ser definida como la actividad en virtud de la cual se configura el traspaso de funciones, actividades y

unidades orgánicas desde el sector público al privado²⁵ y que puede realizarse en búsqueda de la obtención de determinados fines, dentro del cual resalta por su tamaña importancia la modernización y flexibilidad administrativa, que se traduce en el incremento de una mejor eficacia y eficiencia de la misma²⁶.

Sin embargo, si bien la privatización de parte de la actividad administrativa del Estado ha probado ser –en mayor o menor medida- una herramienta eficaz hacia el desarrollo de los países, al momento de hablar de ella se debe descartar de inmediato una privatización total de la actividad en cuestión, por lo que se torna fundamental contemplar y fijar los límites a los que se deberá sujetar dada la envergadura de la actividad de gestión del Estado y la repercusión en la vida de los ciudadanos que cualquier cambio en ella representa:

Uno de estos límites a la privatización, se encuentra en la prestación de servicios que requieren una gran infraestructura. Para explicar lo anterior estimamos pertinente poner como ejemplos los servicios de suministros de aguas, la actividad de transporte y los tendidos de energía, pues para ejercer cada uno de ellos se requiere de una infraestructura sumamente potente y de elevados costos de implementación y mantención, que en un sistema totalmente privado, serían sumamente onerosos (e incluso lisa y llanamente imposibles de costear) para la mayoría de los ciudadanos a los que se les pretende brindar el servicio, por lo que el Estado se encuentra en el deber de resguardar los derechos de sus ciudadanos asegurándose de que estos servicios no pasen a manos completamente privadas.

Otro de los límites que debe tener la privatización de la función pública hace referencia a los servicios sociales que presta el Estado, dentro de los cuales podemos mencionar a modo de ejemplo los de salud y educación entre otros. Si bien es obvio que en nuestro país existen diversos entes privados actuando dentro del mercado de los mismos, creemos fundamental que, compitiendo con estos entes privados, el Estado se avoque a brindar los mismos a los ciudadanos de los sectores económicamente menos favorecidos.

²⁵ BAENA DE ALCAZÁR, Mariano. “Privatizaciones y misiones de Servicio Público”. Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2010 pág. 1882.

²⁶ Otros fines que puede perseguir la privatización de la función administrativa son –entre otros- la creación de una economía capitalista (como fue el caso de los países que conformaban la Unión Soviética una vez que ésta cayó) y la consolidación de el neoliberalismo como política económica.

Por último, pero de vital importancia, se debe observar como límite de la privatización de la Administración Pública, aquellas actividades que estén ligadas a la soberanía del país, como lo son por ejemplo la defensa del Estado, la representación diplomática del mismo, la justicia, la gestión de hacienda y la seguridad interna a causa de que dichas actividades constituyen el núcleo rígido de la actividad general del Estado y que de ninguna manera podrán comprender campos privatizables de la actividad administrativa del Estado.

Una vez establecidos los límites a los que se debe someter la privatización de la Administración del Estado, es menester mencionar las diversas modalidades que puede adoptar la misma y que componen un abanico bastante amplio, interesante y variado dentro del cual cada Estado puede adoptar el modelo que más se acomode a su idiosincrasia. Dentro de las modalidades de la privatización podemos mencionar:

1) Administración titular y gestor privado: Consiste en que la Administración del Estado a través de una reserva por ley previa de la actividad pública, conserva como titular dicha actividad del sector público, pero transfiere a un ente privado la gestión del mismo. Este modelo no es otro que la típica concesión administrativa en que se puede entender la entrega de la concesión como una privatización, pues será el empresario privado quien a su riesgo y provecho llevará a cabo la gestión de la actividad rigiéndose por los principios del derecho privado.

2) La segunda modalidad consiste en una titularidad del poder público realizada con una gestión regida por un régimen jurídico privado, pues de acuerdo a la definición que entregamos con anterioridad de privatización, nos encontraremos frente a esta cuando una actividad que estaba regida por el derecho público, pasa a regirse por el derecho privado, lo que no significa que el organismo en cuestión mantendrá su carácter público, sino que sólo se regirá por el derecho privado en lo referente a aspectos de gestión y relaciones con particulares. Una variación de este mismo modo consiste en la transformación de establecimientos públicos en empresas privadas de las cuales sigue siendo el Estado su mayor titular. Otra variable de este mismo género corresponde al modelo que contempla una sociedad de carácter mixto con participación pública mayoritaria que pone a la venta en el mercado bursátil las acciones de propiedad pública, con lo que la sociedad pasa a

ser mayoritariamente privada pero no totalmente, puesto que en esta modalidad es muy común que el Estado conserve un porcentaje pequeño del capital social.

3) Una última variable –y la más radical de todas- es aquella en la que se puede apreciar un abandono del protagonismo del Estado que da paso a la cesión total de la actividad en cuestión al sector privado y que trae consigo incluso la liquidación y cierre de los organismos encargados a la realización de la actividad que pasó a manos privadas. Una modalidad más restringida de este mismo enfoque, pero que posee mucha relevancia a lo largo del mundo contemporáneo puede verse en la transferencia de la actividad al sector privado a través de la venta de las empresas del Estado al sector privado sin la reserva por parte del Estado de ningún poder de actuación sobre estos entes luego del traspaso.

1.1.2 La Tercerización o *Outsourcing* en la Administración del Estado.

En el marco del desarrollo humano, empresarial e incluso de la actividad Administrativa del Estado, se ha visto una cada vez mayor dificultad para lograr una satisfacción de las necesidades de los individuos, empresarios y ciudadanos que componen el Estado que pueda realizarse por –y del- mismo organismo, por lo que se hizo necesario buscar nuevas formas de optimización de los recursos disponibles en el plano respectivo de cada una de los entes mencionados. Una de las herramientas que surge en pos de la resolución de dicho conflicto, es la Externalización o Tercerización.

El *Outsourcing* o Tercerización, es una modalidad de gestión económica cuyo nacimiento podría fijarse dentro de la década de 1970 a causa de las diversas crisis petroleras que azotaron el mundo empresarial y que tornó insostenible el modelo integrado que primaba dentro del mundo empresarial desde los años 40 del siglo pasado²⁷.

²⁷ Sin perjuicio de situar el nacimiento de la tercerización dentro de los años 70 del siglo XX, es recién en 1989 cuando se transforma en un pilar dentro de los nuevos modelos de gestión, formando parte del modelo empresarial descrito por Charles Handy en su libro “La Organización por Dentro” y que separa la empresa en un núcleo interno sumamente reducido llamado *core*, un elemento temporal de tamaño variable y más flexible que el anterior y una porción determinada por la externalización o tercerización de funciones que no sean relevantes para la empresa.

El concepto de tercerización proviene del vocablo inglés *Outsourcing* (que traducido al español es “externalización”) y hace referencia al acto realizado por parte de una organización (generalmente una empresa) con el objeto de contratar a un ente externo para que realice una función determinada respecto a la cual se encuentra en una posición de especialidad con el fin de reducir los costos o evitarle a dicha organización la necesidad de generar la infraestructura necesaria para poder cumplir dicho fin. Con lo anterior, se logra agilizar y bajar los costos de los procesos de productividad de una organización determinada al mismo tiempo que se cumplen los objetivos de la misma. En palabras más simples podemos decir que la tercerización vendría a ser el dejar en manos de profesionales externos la realización de funciones que no sean claves para una empresa.

Aunque se ha ligado estrechamente la tercerización con la subcontratación de determinados servicios, es fundamental recalcar que el alcance de este sistema (tercerización) no se agota con la descripción que se pueda hacer de la subcontratación, pues a diferencia de esta última, si es que la tercerización se lleva a cabo de forma correcta, su función será también la de generar alianzas y lazos de colaboración con entes que harán mucho más eficientes ciertas tareas, sobrepasando así el ámbito restringido de la subcontratación, que se agota con la prestación de servicios o la satisfacción de la necesidad para la cual se encomendó la misma.

Dicho lo anterior, es innegable que para una empresa, el proceso de tercerización trae ventajas por sobre la opción de generar la infraestructura necesaria para lograr el mismo fin, como sería por ejemplo la transferencia de riesgos que se hace al contratar los servicios de otra institución, la generación de vínculos laborales dinámicos y de un dialogo retroactivo entre ambas empresas, permitir la focalización de la empresa exclusivamente en sus objetivos (con lo que se mejora la calidad del servicio que esta presta) y un mejor aprovechamiento de los recursos físicos y humanos entre otros, pero esto es cierto siempre y cuando se hallan evaluado y estudiado previamente y con suficiente información los costos, recursos humanos, gestión, proveedores, dentro de otros aspectos. Por lo mismo, la extrapolación y consiguiente aplicación de este sistema dentro de la Administración del Estado –al igual que dentro de una empresa- dependerá directamente de la cultura, conocimiento e idiosincrasia que tengan los funcionarios públicos que la estén implementando.

Para seguir hablando de la tercerización dentro del ámbito empresarial, estimamos pertinente dar a conocer las diversas modalidades del *outsourcing* existentes en dicha práctica y que nos permitirán conocer las diversas formas en las que se podría adaptar esta herramienta empresarial al mundo de la Administración del Estado:

- La modalidad *in company*: Consiste en dar un espacio dentro de la propia empresa a un equipo de personas que llevarán a cabo el servicio contratado a un tercero. Esta modalidad se usa bastante en la práctica para tercerizar los servicios de limpieza y seguridad por ejemplo.
- La modalidad *near shore*: Implica la realización de una función determinada a otra compañía, que la realizará en sus propias dependencias.
- La modalidad *off shore*: Es una modalidad de la anterior que deriva de solicitar servicios a empresas de otro país²⁸.

Al ser la tercerización un fenómeno generado y usado dentro del marco de las empresas privadas, las legislaciones de nuestro continente suelen ser bastante críticas respecto de la posibilidad de implementar dicha forma de gestión en el campo de la Administración del estado, argumentando ser una técnica única y exclusiva de las empresas privadas, pero poco a poco ha comenzado a existir una tendencia a adoptar y exportar esta herramienta empresarial hacia el campo de la actividad administrativa del Estado aprovechando su potencial como instrumento clave de la modernización de dicha actividad.

La tercerización se lleva a cabo generalmente a través de un contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo que tiene por objeto determinar por un lado los derechos y las obligaciones recíprocas entre ambas partes y establecer por otro las condiciones en que los servicios serán brindados por la empresa *outsourcer* y el precio a pagar por quien contrata el servicio y que en el ámbito de la

²⁸ Cfr. LASTRA, Johanna. “Tercerizar o no: He ahí el dilema”. Artículo contenido en el blog “Gestión Pública, Política y Gobierno” <http://gestionpublicabymgterjohannalastra.blogspot.com>

Administración del Estado suele realizarse luego de haberse realizado un proceso de selección basado en un concurso o licitación.

En nuestro país, la ley le ha otorgado a los servicios públicos un conjunto de potestades, facultades y atribuciones orientadas a “velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”²⁹ tomando en cuenta que el Estado está al servicio de la persona humana. Dentro de ese marco regulatorio se puede decir que la facultad para utilizar el *Outsourcing* como elemento de una administración moderna, eficiente y eficaz posee su asidero legal en 3 normas claves:

La primera de ellas se encuentra en el inciso segundo del artículo número 34 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado al disponer que “la ley podrá dotar a dichos servicios de recursos especiales o asignarles determinados bienes para el cumplimiento de sus fines propios, sin que ello signifique la constitución de un patrimonio diferente del fiscal”.

La segunda de ellas la podemos encontrar en la Ley número 18.803 de 1989, que en su artículo primero establece que los servicios públicos podrán 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, definiendo a continuación las 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, ejemplificando –y no enumerando taxativamente- las acciones de recepción, recopilación, y evaluación de antecedentes, procedimientos computacionales y de cobranza, aseo y otros servicios auxiliares.

La tercera norma que regula la tercerización dentro del ámbito de la Administración Pública se encuentra en la Ley número 19.886 del año 2003 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios cuyo objeto, según su artículo primero, es regir los contratos celebrados por la Administración

²⁹ Artículo N°5 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

del Estado de manera onerosa para el suministro de bienes o servicios requeridos para el ejercicio y desarrollo de sus funciones.

De lo anterior, podemos mencionar que aparte de contemplar y ejemplificar casos en los que se permite la tercerización por parte de la Administración Pública, estas normas establecen los límites que debe tener la misma, que se contemplan en el mismo artículo primero de la Ley 18.803, al establecer que la externalización autorizada por la ley debe limitarse sólo a acciones de apoyo y respecto de funciones que no correspondan al ejercicio de las potestades públicas, lo que significa que la tercerización sólo se puede realizar respecto de funciones secundarias y acciones complementarias, pues la potestad pública jamás podrá delegarse a terceros.

Los límites recién descritos han sido confirmados por la jurisprudencia administrativa plasmada en los dictámenes números 22.540 y 25.987 de 1990, el 26.965 y 30.147 del año 1996 y el número 23.325 de 1998, que siguen una línea de interpretación del artículo número 34 de la ley 18.575 al señalar que la entrega de la ejecución de acciones de apoyo no podrá, de acuerdo a los principios del Derecho Administrativo, recaer en actividades que correspondan al desarrollo de tareas propias de la Administración del Estado, pues de esa forma se estaría entregando a particulares la competencia necesaria para realizar funciones privativas de los organismos públicos, que según el numeral 14 del artículo 63 de la Constitución Política de la República complementado por el número 2 del inciso 4º del artículo 65 del mismo cuerpo legal, sólo pueden determinarse por vía legislativa.

Lo anteriormente dicho puede ser complementado con otra fuente importante: la Historia Fidedigna de la Ley dilucida lo que se debe entender por “labores propias” de la Administración del Estado al señalar en el Informe de la Comisión Conjunta de la Honorable Junta de Gobierno relativa al proyecto de la ley 18.803 que dichas labores corresponden a las contempladas en la ley orgánica de cada institución, lo que puede ser ejemplificado con el hecho de que el Ministerio de Obras Públicas no puede externalizar las funciones referentes a la proyección, construcción, mantención o reparación de la infraestructura pública, pues dichas funciones son el objeto natural consagrado en la Ley Orgánica de dicho Ministerio:

El Decreto con Fuerza de Ley número 850 de 1997, lo que no obstaría para que dicho organismo externalice las funciones informáticas, aseo y ornato por ejemplo. Ya aclarado el asidero legal y los límites que plantea la ley respecto a la actividad de *outsourcing* en el ámbito de la Administración Pública, es necesario abarcar las formalidades y procesos que la misma requiere para poder operar:

En primer lugar, la celebración de estos contratos debe ser posterior a un proceso de selección transparente y eficiente, pues así lo establece la ley 19.653 sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado que modifica el artículo octavo de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, autorizando únicamente la licitación privada previa autorización fundada. En segundo lugar, los contratos en cuestión serán realizados a través de un Convenio Ad-Referéndum, lo que significa que estarán sujetos a una sanción posterior por parte de la autoridad competente y que se realizará mediante resolución. En tercer lugar, se exige que la empresa proveedora o prestadora de servicios presente una garantía fiel del cumplimiento del contrato en cuestión.

Como ya hemos visto, la aplicación de la tercerización dentro del ámbito de la actividad de la Administración del Estado va de la mano con los postulados de la Nueva Gestión Pública y la visión neo-empresarial y gerencial de la actividad administrativa que este enfoque posee y que se relaciona con el marco de un Estado Moderno que ha evolucionado desde un Estado policial a un Estado de Bienestar que se caracteriza por promover el fomento, prestar servicios y adoptar un rol mucho más activo dentro de la sociedad en la que se sitúa y que puede ser resumido muy correctamente con la frase “Un Estado debe llevar el timón y no remar”³⁰.

Esta línea de pensamiento ha sido seguida, quizás de forma indirecta, por la legislación de nuestro país, que sin hacer mención expresa de los términos *outsourcing*, tercerización o externalización, la contempla en diversas leyes como una moderna herramienta de la Gestión Pública, señalando también los límites que se deben observar al momento de aplicarla como tal. El mayor problema que puede traer consigo la externalización en la Administración del Estado guarda

³⁰ OSBORNE, David y Gaebler, Thomas. “La Reinención del Gobierno: La influencia del espíritu empresarial en el sector público”. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona. 2002. 7ª Edición.

relación con la necesidad de evaluar los costos, recursos humanos y operaciones que dicha herramienta traerá consigo, pues si bien el *outsourcing* es una herramienta que ha probado ser eficaz en el ámbito privado, su implementación siempre ha requerido un análisis completo y complejo de infraestructura, tanto del ente que contratará los servicios, que deberá analizar los costos para ver si le es menos oneroso satisfacer las necesidades desde adentro o si verdaderamente requiere los servicios de un ente externo para lograr dicha satisfacción³¹, como del ente contratado, que deberá probar ser capaz de cumplir con los fines del contrato de la mejor manera posible.

³¹ Este estudio recibe el nombre de “Análisis FODA” como sigla de Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas y tiende a analizar a fondo los aspectos relacionados con los recursos, actividades, riesgos y entorno del ente en estudio.

CAPÍTULO 2: Sistemas de Funciones Públicas

Para comprender el real impacto que ha tenido el denominado fenómeno de la Huída del Derecho Público en nuestro país, estimamos menester realizar una exposición previa que guarde relación con los posibles sistemas de funciones públicas que existen, para luego analizar cuál es el que predomina en Chile y cómo se ha visto modificado por el fenómeno recién mencionado, puesto que, como se verá más adelante, un ejemplo de dicha “huída” en nuestro país guarda estrecha relación con la migración ocurrida de un sistema a otro por parte de un órgano del Estado.

El sistema de funciones públicas que posee cada Estado y su organización han sido objetos de diversas discusiones doctrinarias, pero en su mayoría, los autores han llegado a concluir que se pueden clasificar dentro de los siguientes modelos³²:

Sistema Abierto o de Puestos: De acuerdo a este sistema, la Administración Pública se ha de considerar como una gran empresa que contrata a su personal bajo las mismas condiciones que las demás empresas comerciales, entendiéndose así el cargo público como un oficio común de una empresa privada con los privilegios y cargas de estos y por ende, el funcionario es contratado de acuerdo a las necesidades dadas en un momento determinado y para ocupar un cargo concreto. Este sistema es bastante común, aunque no de una forma totalmente pura, en los países del mundo angloparlante y recibe el nombre de *Job Position* y no contempla en absoluto la carrera administrativa.

Sistema Cerrado o Unilateral: Este sistema surge con la Independencia de los países europeos y de la consecuente emigración del empleado público, que dejó de estar al servicio de la Corona para pasar a estar al servicio del Estado. Este sistema, también es conocido con el nombre de Carrera Funcionaria; Para este sistema de funciones públicas, el funcionario debe sujetarse a un régimen especial

³² SEGURA SOLÍS, Juan Carlos, “El libre acceso a la Función Pública y la Constitución”, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Alcalá, España, 1999, y Parada, Ramón “Derecho Administrativo II: Organización y empleo público”, Decimoquinta edición, Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona, España 2002.

de normas, pues al ejercer la función administrativa, quien la realiza no podrá ser considerado como un trabajador de cualquier empresa comercial del rubro privado, pues dada la importancia de la actividad administrativa del Estado, al funcionario que la ejerce, se le debería exigir una disciplina y un estándar de moralidad que vaya más allá de la sola prestación de servicios exigible al trabajador del mundo privado. Este sistema se caracteriza por ciertas instituciones que no contemplan el sistema anterior y que son claves para entender este modelo de funciones pública:

-Estatuto: Los funcionarios regidos por este sistema, se mueven dentro de un marco jurídico establecido y que suele ser más rígido que el que norma las relaciones dentro del mundo laboral privado.

-Cuerpo: El reclutamiento se hace para ingresar al sistema jerarquizado encargado del correcto funcionamiento de un determinado servicio público.

-Carrera: Derecho a la progresión personal (o escalada jerárquica) del funcionario normada por ascensos predeterminados.

En resumen, este sistema considera la incorporación de una persona no sólo a un trabajo, sino que a una verdadera forma de vida; a una actividad permanente que le permite a quien ingresa, perfeccionarse y ascender dentro de la actividad Administrativa, a cargos superiores.

Sistema Mixto: A causa de la evolución de la Actividad Administrativa del Estado e incluso del mundo privado, ha surgido este tercer modelo de funciones públicas que se ubica entre ambos. Un ejemplo de esto es lo que ocurre con algunas empresas privadas de Japón, que si bien se sujetan a un sistema abierto en lo referente a contratación de su personal, han establecido una verdadera "carrera administrativa" para sus funcionarios, promoviéndolos, por ejemplo, de acuerdo a una escala de antigüedad dentro de la empresa.

2.1 Sistema de Función Pública en Chile

Nuestro país posee un régimen que se encuadra dentro de un Sistema de Funciones Públicas Cerrado y basado en una Carrera Funcionaria.

Por carrera Funcionaria se debemos entender el sistema integral que regula el empleo de los funcionarios pertenecientes a la Administración Pública y que se basa en una serie de etapas por las que un trabajador debe atravesar para eventualmente (dependiendo de sus méritos, tiempo en el servicio, idoneidad para el cargo, etc.) lograr una posición de mayor jerarquía dentro del organigrama de la Administración del Estado.

En nuestro país, este sistema se caracteriza por:

-Estar constituido por un sistema de normas propias basado en la objetividad en sus procesos llamado Estatuto Administrativo.

-Tener como órgano fiscalizador e interpretativo de la aplicación de dichas normas a la Contraloría General de la República.

-Estar basado en un sistema de igualdad de oportunidades para acceder al –y escalar dentro del- sistema administrativo.

En nuestra legislación, es el propio Estatuto Administrativo quien define, en sus artículos números 53 y 54 lo que se debe entender por Carrera Administrativa tomándola desde la óptica de un derecho del funcionario a escalar dentro del organigrama jerárquico que supone la Administración del Estado y que comienza cuando un sujeto ingresa como titular a un cargo de planta y puede llegar hasta el cargo inmediatamente inferior a aquellos de exclusiva confianza del Presidente de la República o de la Alta Dirección Pública.

2.2 El Estatuto Administrativo: Concepto y Evolución

En un sentido natural, el vocablo “estatuto” hace referencia a un régimen jurídico al que se someten las personas o las cosas. En materia Administrativa, podríamos decir que un estatuto vendría a ser un conjunto de disposiciones legales que regulan la situación de los funcionarios del Estado con el mismo y la forma como se origina y extingue su vinculación con el mismo.

El término “Estatuto Administrativo”, dentro del Derecho Chileno, posee dos acepciones: En primer lugar, una positiva o jurídico-formal que tiene su fuente en la Ley y otra de carácter jurisprudencial otorgada por los dictámenes de la Contraloría General de la República.

Desde la óptica positiva, Estatuto Administrativo vendría a ser aquél texto legal o de reglamentación que regule las relaciones entre los trabajadores y el servicio público al cual pertenecen y lo referente a su ingreso, deberes, derechos, responsabilidades y el cese de funciones dentro del mismo³³.

Desde la óptica Jurisprudencia, el término se ha ido formando por diversos dictámenes de la Contraloría³⁴ y de acuerdo a ellos, se puede decir que el Estatuto Administrativo realmente no es un texto normativo, sino que más bien corresponde a un concepto jurídico-institucional cuyo origen se encuentra en la Constitución Política de la República.

Mucho se ha discutido en doctrina acerca de la naturaleza jurídica que posee el vínculo de un funcionario público con el Estado, pues en un primero momento se analizó dicha situación bajo la perspectiva del contrato de arrendamiento de servicios típico del Código Civil. Esta primera tesis fue descartada por el hecho de que en la situación en la que se encontraban los funcionarios públicos, no concurrían los elementos específicos del contrato de arrendamiento de servicios, pues la relación entre el Estado y sus funcionarios no

³³ Artículos número 15 y 43 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

³⁴ En primer lugar, el Dictamen número 15.412 de 1948 señala que “la expresión Estatuto Administrativo no está referida a una ley determinada, pues abarca todo y cualquier texto que regule la relación de empleos públicos”. Si bien dicho Dictamen puede ser calificado de antiguo, su contenido es ratificado por dictamen número 23.482 de 1990, que señala: “la expresión Estatuto Administrativo comprende no sólo el Estatuto Administrativo de aplicación General (Ley número 18.834) sino que también a todos los cuerpos estatutarios que rijan al personal de la Administración Pública”.

contempla ni el principio de igualdad de las partes ni el de la libertad contractual que rigen las relaciones civiles en nuestro ordenamiento jurídico. El descarte de la tesis recién descrita dio paso a una nueva teoría en virtud de la cual se enmarcó la relación del funcionario con el Estado dentro del ámbito de un contrato de Derecho Público, para lo cual se basaban en la relevancia de la voluntad del postulante al Servicio Público al aceptar su designación como funcionario. Sin embargo esta tesis, al igual que la anterior, fue descartada por las mismas razones: La desigualdad de las partes existente en la relación del funcionario con el Estado y la limitada libertad de negociación que posee el funcionario dada la facultad del Estado para incluso cambiar, de forma unilateral, las condiciones en las que el sujeto desempeña sus funciones dentro del Servicio Público.

Finalmente aparece la tesis estatutaria planteada por los profesores Duguit y Jêze, que aclara el nacimiento, extinción y efectos del vínculo entre el funcionario y el Estado enmarcando dicha relación en una Institución propia del Derecho Público encargada de regular la actividad de los órganos del Estado y las personas que a ellos pertenecen, dilucidando finalmente la cuestión referente a la naturaleza jurídica del vínculo entre el funcionario y el Estado. Por lo anterior, podemos colegir que la relación que existe entre el funcionario público y el Estado, tiene su origen en un acto unilateral y potestativo de la autoridad estatal y que puede ser considerado como un acto-condición, cual es nombramiento por parte del Estado del funcionario público como tal.

La idea de que los funcionarios estatales deban sujetarse a un Estatuto Administrativo fue considerada y recogida por primera vez por la Constitución Política de la República de 1925 y tuvo como principal causa la misión que realizó en Chile el ciudadano norteamericano Edwin Kemmerer, que aterrizó en el país para analizar, evaluar y realizar una reorganización dentro de la Administración Pública³⁵. Dicha Carta incluyó en su artículo número 72 la atribución especial del Presidente de la República para “promover los empleos civiles y militares que determinen las leyes”, requiriendo que dicha promoción se hiciera “conforme al Estatuto Administrativo”.

³⁵ Dicha misión, que además de asesorar al Gobierno de Chile hizo lo propio con los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, junto con impulsar la reorganización a la que hicimos mención, dio origen también a las Contralorías Generales de las Repúblicas mencionadas.

Si bien la Constitución recién aludida mencionaba a un Estatuto Administrativo, este aún no existía, por lo que el día 14 de diciembre de 1925, se dictó dicho cuerpo a través del Decreto Ley número 741. Este primer intento fue rápidamente reemplazado por otro cuerpo legal conocido como “Estatuto Chico” – pues sólo contaba con 20 artículos- y que fue aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley número 8.674 de 1927 y que sufrió una serie de modificaciones³⁶ hasta que finalmente fue derogado por el Estatuto Administrativo de 1960 instaurado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 338.

Según lo recién dicho, se podría concluir que el control, la fiscalización y la interpretación el Estatuto Administrativo que rija las relaciones de empleados públicos, debe ser ejercida por la Contraloría General de la República³⁷ y no por la Dirección del Trabajo, pues esta no puede intervenir en los conflictos que se planteen en el sector público, pues como ya mencionamos, el Código del Trabajo, cuando es aplicado a los empleados del Estado, es un Estatuto Administrativo y los dictámenes de la Dirección del Trabajo rigen exclusivamente para el sector privado³⁸.

Actualmente el Estatuto Administrativo –como cuerpo legal- que rige las funciones públicas de la Administración del Estado es el Decreto con Fuerza de Ley número 29 del año 2005 que no es sino el texto refundido de la Ley número 18.834 del año 1989 y que de acuerdo a lo contemplado la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y particularmente en su artículo 43, que se remite al artículo 21 del mismo cuerpo legal y que establece que rige para los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

En nuestros días la carrera funcionaria está regida por lo establecido en la Ley número 19.882 dictada el año 2003 y que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica y se relaciona directamente con el sistema funcional cerrado. Dentro de las grande modificaciones que trajo la dictación de

³⁶ DFL N° 3.740 y Ley N°4.795, ambos de 1930, Ley N°7.747 de 1943 y DS N°2.500 de 1944.

³⁷ El dictamen número 27.438 de 1957, establece que la Contraloría General de la República posee facultad privativa para “fiscalizar la aplicación del Código del Trabajo a los servidores del Estado que se sujetan a ese régimen jurídico ya que al aplicarse en el sector público, constituye el Estatuto Administrativo propio de tales servidores”.

³⁸ Dictámenes número 14 de 1973 t 25.655 de 1994.

esta ley³⁹, una de las más profundas es aquella que se refiere a la implementación de un nuevo sistema de concursos basado principalmente en el mérito y la idoneidad del sujeto que participa en él, generando así un estándar más objetivo que permite evaluar de mejor manera a los postulantes que deseen ingresar o escalar dentro de la Administración Pública.

³⁹ Dentro de las cuales se pueden destacar la ampliación de la Carrera Funcionaria hasta los Jefes de Departamentos y jefaturas equivalentes (III nivel jerárquico), la promoción por concursos internos y el perfeccionamiento de dichos concursos.

CAPÍTULO 3: SERCOTEC: ¿Un ejemplo de la Huida del Derecho Público en nuestro país?

Para comprender el impacto que ha tenido el fenómeno que venimos describiendo en el presente trabajo en nuestro país, es pertinente realizar una breve introducción que nos sitúe y ayude a comprender el ámbito y el contexto de la actividad de fomento realizada por la Administración Pública en el mismo:

Como bien dijimos en un comienzo, tradicionalmente se entiende que la Administración Pública desarrolla diversas actividades para el cumplimiento de sus fines que, en general, se identifican con la satisfacción del interés público, destacándose entre ellas la actividad prestacional o de servicio público, la de policía y la de fomento. Esta última es aquella actividad de la Administración del Estado que consiste en la entrega de incentivos por parte de ésta a los particulares, para obtener el desarrollo de una determinada actividad o prestación, que se considera de interés para estos y es realizada por ellos mismos. En el mismo sentido, la doctrina ha conceptualizado esta actividad en los términos siguientes: “por actividad de fomento se entiende aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos”⁴⁰.

En la actividad de fomento, la Administración interviene positivamente en el patrimonio jurídico de los administrados, otorgando incentivos, para que el particular alcance una finalidad de interés público⁴¹. En esta parte, resulta conveniente formular algunas consideraciones previas acerca de la función administrativa y de la organización de la Administración del Estado. Desde la perspectiva positiva, el marco para la actividad de fomento lo da en primer lugar el art. 24 de la CPR *“El Gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”*. Enseguida, de acuerdo al art. 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LBGAE) *“El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la*

⁴⁰ PARADA, Ramón. “Derecho Administrativo I Parte General”, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid, 1997 p. 459.

⁴¹ En algunas oportunidades la Administración fomenta, no para satisfacer un interés público, sino que para desarrollar una determinada área de actividad.

colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes". El inciso segundo del mismo precepto agrega 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"*.

De las normas transcritas se desprende que la función administrativa encargada al Presidente de la República, es ejercida por éste *"con la colaboración"* de las entidades que señalan la Constitución y las leyes, organismos que conforman la Administración del Estado.

Dentro de la amplitud de fórmulas a que puede recurrir el legislador en la configuración de las entidades que integran la Administración, conviene tener en cuenta la tradicional distinción entre las entidades centralizadas –que corresponden a aquellas que, creadas por la ley, carecen de personalidad jurídica propia y que actúan por intermedio del Fisco en su vertiente patrimonial- y las entidades descentralizadas –a las que el legislador, además de crearlas, las ha dotado de personalidad jurídica propia-. Tal es el caso, entre otros, de la Corporación de Fomento de la Producción.

Esta breve explicación preliminar tendrá trascendencia en el contexto del presente trabajo toda vez que, como se verá, la función administrativa de fomento que lleva adelante la Administración del Estado, la ejerce a través de CORFO directamente, pero también a través de otros organismos, que forman parte de la denominada administración invisible del Estado, dentro de las que se cuenta, precisamente, al Servicio de Cooperación Técnica.

El Servicio de Cooperación Técnica, es una Corporación de Derecho Privado, que cuenta con personalidad jurídica concedida por el Decreto Supremo N° 3.483 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 27 de Agosto de 1955; cuenta también con patrimonio propio, por así disponerlo expresamente el artículo primero de sus Estatutos, el cual además señala que se encuentra regido por las normas del Título XXXIII Libro I del Código Civil sobre Corporaciones y Fundaciones, por sus propios Estatutos y por los acuerdos de su Directorio. Los objetivos de esta Institución, son principalmente promover el desarrollo de las micro

y pequeñas empresas y fortalecer la capacidad de gestión de sus empresarios; esta Corporación se encuentra bajo la dependencia del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Por tratarse de una Corporación de Derecho Privado, el general de las relaciones entre esta Institución y sus trabajadores se rigen por las normas contenidas en el Código de Trabajo. Dado su carácter de Corporación de Derecho Privado -el cual ha sido confirmado por una profusa, pero concordante jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República- el Servicio de Cooperación Técnica, no es un servicio público, ni un órgano del Estado de carácter público; tampoco es una empresa, entidad, Corporación o Institución centralizada o descentralizada que formen parte integrante de la Administración del Estado, definida en el artículo 1 de la Ley 18575 de Bases Generales de Administración del Estado, a pesar de encontrarse bajo la supervigilancia del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; y de estar afectada a la aplicación de dos cuerpos legales de general aplicación para la Administración Pública: el Decreto Ley N° 249 de 1974 que Fija la Escala Única de Sueldos para el Personal que Señala y el Decreto Ley N° 1.236, Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado.

No obstante el hecho de ser una entidad del ámbito privado, es indudable que este órgano surge a raíz de un cambio en la Administración Pública, que se verifica a partir de la década de 1920; época en la que comienzan a surgir una serie de servicios con personalidad jurídica propia, creados para cumplir fines sociales o para el fomento y desarrollo de actividades económicas. Estos organismos se caracterizan por no estar sujetos directamente a la potestad del Poder Ejecutivo, sino sólo bajo su supervigilancia, por administrarse de forma independiente y porque dicho poder del Estado tiene, con respecto a estas entidades, sólo facultades de autorización, orientación y aprobación; además del nombramiento de algunos de sus cargos, entre ellos el de Jefe Superior de Servicio.

Otra particularidad que presenta esta Corporación es el hecho de haber sido incluidas entre las Instituciones regidas por la Escala Única de Sueldos del Decreto Ley N° 249 de 1974, y por el Decreto Ley N° 1263 Orgánico de Administración Financiera del Estado de 1975. Lo anterior tiene serias implicancias prácticas al

complicar la determinación del régimen legal que es aplicable a esta entidad, ya que siendo ésta empresa, por una parte y dada su naturaleza jurídica, una Corporación de Derecho Privado, cumple fines que, definidos en su Estatutos, tienen el carácter de públicos, al prestar un importante servicio para el desarrollo económico del país, puntualmente en la desarrollo del fomento productivo; además del hecho de encontrarse bajo la dependencia del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, también y por las mismas causas, existen problemas en cuanto a la determinación de la entidad llamada a ejercer el control de esta Corporación en materias laborales.

Como hemos indicado, diversas disposiciones legales han conferido o han reconocido al Servicio de Cooperación Técnica funciones de carácter público al disponer expresamente su sujeción a las misma. Entre estas normas, las que se refieren a disposiciones que tratan directamente temas relacionados con Recursos Humanos; o que se relacionan estrechamente con estos por su incidencia en el presupuesto de la Corporación; o en forma de contratación de la misma, se destacan las siguientes:

En primer lugar se encuentra el Decreto Ley N° 249, de 1974, que fija la Escala Única de Sueldos y, más específicamente las normas contenidas en éste, pues conforme a lo establecido en el artículo 5° de este D.L. N° 249, son o fueron aplicables a esta Institución, no obstante su condición jurídica de Corporación de Derecho Privado, las siguientes asignaciones adicionales al sueldo base establecidas a favor de los funcionarios públicos:

- a.- antigüedad.
- b.- zona.
- c.- gastos de movilización del artículo 76° del DFL 338, de 1960.
- d.- gastos por pérdida de caja.
- e.- viático.
- f.- colación.
- g.- cambio de residencia.
- h.- asignación familiar.
- i.- asignación por trabajos nocturnos o en días festivos.
- j.- asignación de movilización establecida por el artículo 6° del

decreto ley 97, de 1973.

Por disposición del artículo 17 del mismo Decreto Ley N° 249, de 1974, son aplicables a estas Instituciones también, las incompatibilidades establecidas en el decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, actual Ley N° 18.834, de 1989, que aprueba el Estatuto Administrativo.

Asimismo, según señala el artículo 21° del citado Decreto Ley N° 249, de 1974, es aplicable al personal de las Instituciones mencionadas en el artículo 1° del mismo Decreto Ley, la jornada ordinaria de trabajo de 44 horas semanales, distribuidas de lunes a viernes.

Igualmente, por disposición del artículo 23° del mismo Decreto Ley N° 249, de 1974, es aplicable a las entidades enumeradas en el primer artículo de dicho cuerpo legal –donde se encuentra el Servicio de Cooperación Técnica- la facultad que permite otorgar, como único aporte al Servicio u Oficina de Bienestar, un monto anual equivalente al 100% del sueldo mensual del grado 28° de la Escala Única por cada trabajador afiliado, cualquiera sea su calidad y grado de nombramiento. Lo anterior, siendo que existen claras distinciones en cuanto al régimen legal aplicable, a la naturaleza jurídica y por tanto, a la forma de actuar de los Servicios de Bienestar, dependiendo de si estos pertenecen a entidades públicas o privadas.

Según lo dispuesto por el artículo 28° del aludido Decreto Ley N° 249, de 1974, es aplicable, igualmente, a los trabajadores de esta entidad, el feriado legal a que tienen derecho los funcionarios públicos, el cual se rige por las normas establecidas en el artículo 88° y siguientes del decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, actual artículo 97° y siguientes de la Ley N° 18.834, de 1989.

Son igualmente aplicables al Servicio de Cooperación Técnica, las Leyes N° 19.553 de 1998 que Concede Asignación de Modernización y otros Beneficios que indica, modificada por la Ley 19.882 de 2003 que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos donde se establecen, entre otras normas, disposiciones mediante las cuales se conceden algunos beneficios o incentivos a la Corporación bajo estudio, dejando fuera a ésta de la percepción de otros beneficios de mayor importancia. También les son aplicables la Ley N° 20.212 de 2007 que

modifica las leyes antes citadas con el Objeto de Incentivar el Desempeño de Funcionarios Públicos; y la Ley 20.313 de 2009 que Otorga un Reajuste de Remuneraciones a los Trabajadores del Sector Público, Concede Aguinaldos que Señala y Concede Otros Beneficios que Indica.

También se le aplicarán a esta Corporación los artículos 13 y 16 del Decreto Ley N° 1608 de 1976, sobre las modalidades a que deben ajustarse los convenios que involucren la prestación de servicios personales a las entidades regidas por el Decreto Ley N° 249 de 1974, reglamentada por el Decreto Supremo N° 98 de 1991 del Ministerio de Hacienda.

En cuanto a la administración de los recursos que constituyen el patrimonio del Servicio de Cooperación Técnica, a éste se le aplican las siguientes normas propias del Sector Público:

La Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro de Servicios (Ley sobre Chilecompra).

El Decreto Ley N° 1263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, que incluyó expresamente al Servicio de Cooperación Técnica, considerándolo como servicio público para el sólo efecto de la aplicación de las normas sobre presupuesto, administración y operación de recursos económicos.

Como consecuencia de lo anterior el Servicio de Cooperación Técnica se encuentra sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República, ya que la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de este órgano establece en su artículo 16 que entidades se encuentra sometidas a su control, agregando en su inciso 2° que “también quedaran sujetas a la fiscalización de la Contraloría General la empresas, sociedades o entidades publicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

Todas las consideraciones recién mencionadas, nos llevaría a colegir, quizás apresuradamente, que la situación de Serotec puede ser descrita como una suerte de intento dentro de nuestra legislación de huida del derecho público, toda vez que dicho organismo realmente se dedica a ejercer actividades de fomento pero a través de una figura jurídica que escapa a las típicas formas configuradas dentro del Derecho Público y que puede ser denominada incluso como una forma *sui generis*: La Corporación de Derecho Privado, que demuestra ser un híbrido que se rige por una parte por las disposiciones contenidas en el DL 249 de 1974 y por las normas del Código del Trabajo por otro lado, lo que configura así el fenómeno que hemos descrito a lo largo de este trabajo toda vez que se manifiesta por un lado una aplicación del Derecho Público al mismo tiempo que se pretende huir de este al aplicar las reglas comunes que plantea el Derecho del Trabajo dentro de nuestra legislación; a pesar de lo cual –y como se verá en la parte final de este trabajo- dicha huida del derecho público no es tal, sino que se podría estar al frente de lo que se denomina una reformulación del Derecho Público en el que se congenian algunos elementos del Derecho Público con otros elementos del Derecho Común para dar un nuevo aire a un Derecho Administrativo que pretende tomar lo mejor de ambos mundos, teniendo como ejemplo a Sercotec, que más que un intento de huir del Derecho Público, supone un claro ejemplo de la reinención y evolución del mismo al ser este una especie de organismo *sui generis* que corresponde verdaderamente a un híbrido que intenta tomar lo mejor de ambos mundos: el privado y el público.

II PARTE: El retorno al Derecho Público.

El fenómeno que denominamos *retorno al derecho público* y que a priori puede decirse que realmente existe y que tuvo cierto impacto en nuestro país, realmente no es tal, si no que corresponde a la ya referida modificación o avance

que ha caracterizado al derecho administrativo de nuestros tiempos y que se ha caracterizado por reinventarse en pos de suplir las necesidades sociales del siglo XXI adoptando nuevas formas organizacionales y adquiriendo nuevas potestades de control que demuestran una suerte de expansión modernizadora por parte de dicha rama del derecho.

Lo anterior viene a corroborar nuestra teoría de que realmente nunca se buscó huir del Derecho Público, si no que más bien éste fue creciendo a través de órganos e instituciones de diversas índoles que no alcanzaron a ser englobadas en las figuras jurídicas que comprendían el abanico de dicho régimen jurídico, pero que no por eso pueden ser tildadas de abusos del derecho común o intentos por escapar de la rígida reglamentación que otorga el Derecho Público.

Para corroborar el punto recién descrito, procederemos a exponer en el presente trabajo diversas situaciones que de acuerdo a cierta parte de la doctrina podrían ser consideradas como reflejos del retorno al derecho público por parte de la Administración del Estado, pero que a nuestros ojos no son más que demostraciones fieles del ímpetu renovador y de la evolución que ha sufrido dicha rama del Derecho, toda vez que, como explicamos con anterioridad, dicha “huída del Derecho” nunca se desarrolló en nuestro país.

CAPÍTULO 4: Las Sociedades Estatales.

Sociedades estatales son aquellas entidades en las que participa un órgano de la administración del Estado facultado por una ley de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales. Éstas se constituyen y funcionan de acuerdo a las disposiciones del Derecho Común, pero difieren de las empresas públicas creadas por ley. Aun cuando no se encuentren sometidas, por regla general, a la aplicación del régimen de normas públicas, la presencia y participación en ellas de un órgano estatal les confiere características particulares que se manifiestan principalmente en su fin, en los límites impuestos a su giro y en el régimen de control al que se encuentran sometidas. Sobre los aspectos antes indicados el ordenamiento jurídico ha previsto una regulación especial, cuyo propósito es asegurar el resguardo del interés público, ya que es éste el que justifica la participación de la Administración del Estado en este tipo de sociedades, las que no integran en el sentido tradicional la administración del Estado, sino que conforman la denominada “administración invisible del Estado”.

4.1 Concepto y Características de las Sociedades Estatales.

Cuando el Estado resuelve desarrollar actividades empresariales lo normal es que cree una empresa que forme parte orgánica de la Administración del Estado. Esta potestad tiene su fundamento en la disposición constitucional contenida en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, en donde se establece que el estado “ podrá desarrollar actividades empresariales”; para esto se requiere la dictación de una ley de quórum calificado, conforme a lo previsto en la Constitución Política de la República; la cual, por su parte, dispone que la creación de estas empresa del Estado es materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, exigiendo que la actividad del Estado en materias empresariales sea autorizada por medio de una ley de quórum calificado. Así se crea un órgano con personalidad jurídica de derecho público, con la naturaleza jurídica de un órgano descentralizado funcionalmente y es a través de este nuevo órgano que la administración del Estado actúa directamente en el ámbito empresarial. En virtud de lo anterior, esta nueva entidad pasa a integrar formal y orgánicamente a la

Administración del Estado. A este tipo de órgano precisamente es a los que alude el artículo 1º inciso 2 de la ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al utilizar la frase: "...y las empresas públicas creadas por ley".

Por encontrarse expresamente incluidas dentro de aquellos organismos que constituyen la Administración del Estado, según lo establecido en el citado artículo, es el régimen público quien rige las funciones, potestades, organización, personal y patrimonio de estos órganos estatales. A pesar de lo anterior, y salvo excepciones relativas a los actos preparatorios de los contratos administrativos y privados que celebren estas empresas; las relaciones comerciales que ellas mantengan con sus respectivos usuarios o consumidores se someterán a las normas del derecho común.

Otra vía por medio de la cual la Administración del Estado puede participar de la vida empresarial es mediante entidades no creadas directamente por una ley, lo que se fundamenta constitucionalmente a través de la expresión del artículo 19 N° 21 que dispone: "El estado y sus organismos podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas" con lo cual se quiso permitir que dicha actividad se llevase a cabo de forma indirecta y no mediante un órgano público, sino que a través de una entidad de diversa naturaleza. Lo anterior se lleva a efecto por medio de la autorización que el legislador de quórum calificado otorga para estos efectos a uno o más órganos de la Administración, centralizados o descentralizados, para que concurran a la creación de una nueva entidad empresarial. Estas entidades son las sociedades del estado; y se caracterizan en el hecho de que en su constitución, organización y funciones se rigen por las normas del Derecho Común. El Derecho Público, solo regula respecto de éstas materias específicas vinculadas al control de algunos de sus actos y, sobretodo, al manejo de sus recursos financieros. Sus relaciones con los particulares, sean estos usuarios o consumidores, se someterán siempre a la aplicación de las normas del Derecho Privado.

En opinión de la Contraloría General de la República la situación de las sociedades del Estado es diametralmente opuesta a la de las Empresas Públicas, ya que éstas no nacen directamente de la ley y el régimen jurídico preponderante en ellas es el del Derecho Común determinado en una escritura social. En este

sentido se manifiesta el órgano contralor en repetidos dictámenes, como por ejemplo el N° 39.562 de 1 de diciembre de 1997, en el cual la Contraloría expresa que: “la naturaleza jurídica y caracteres de las empresas del Estado es que éstas son creadas, nacen a la vida del derecho, por la ley de quórum calificado, la que señala su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado funcionalmente, establece sus objetivos, sus funciones, su estructura, incluidas sus autoridades y atribuciones de ellas, su régimen financiero, su régimen de personal. Todas estas normas son de derecho público y por tanto toda empresa del Estado se encuentra en la situación de ser aprobada por ley de quórum calificado, la que señala un régimen de derecho público, lo que se ajusta estrictamente al artículo 19 N° 21 CPR. Por ser servicios públicos, sólo pueden crearse por ley y señalarse sus objetivos, funciones, atribuciones y autoridades también por ley”. Agregando, en relación con las sociedades del Estado que: “porque ellas no nacen directamente de la ley. La ley de quórum calificado faculta a determinado órgano u órganos estatales para crearlas bajo la fórmula de sociedades privadas, por lo que no es ni la ley la que las crea y su régimen jurídico es el de derecho privado que es determinado en una escritura social”. En el mismo sentido se manifiesta la Contraloría en otros de sus dictámenes⁴², en los cuales señala las características de las sociedades estatales, sin incluir entre estas que el aporte de capital del Estado debe ser Mayoritario o en igual proporción, cosa que si hace en los Dictámenes N° 20.423 de 1975, N° 3.355 de 1986, N° 32.171 de 1993 y N° 17.005 de 1999. Según nuestro parecer, este requisito carece de justificación, tanto doctrinaria como jurídica para los efectos de determinar lo que debe clasificarse en Chile bajo la nomenclatura “sociedad del Estado” y solo posee relevancia para los fines específicos que determinadas disposiciones legales prevén, como por ejemplo, para efectos de su control como se desprende el artículo 16 inciso 2° de la Ley 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, aspecto que desarrollaremos mas adelante.

Las características expuestas llevan a concluir que estas sociedades no forman parte de la Administración del estado, si no que, como ya dijimos, integran la denominada “administración invisible del Estado”, formada por organismos en que el Estado participa o tiene representación para cumplir una función que sea de

⁴² Dictamen N° 14.067 de 1992, N° 25.017 de 1996, N° 22.683, N° 39.718 y N° 47.904 todos de 1999, y en el N° 20.241 de 2008.

interés público. A estas entidades se refiere el artículo 6 de la Ley 18.575 Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al disponer que: “El estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su administración solo e virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado s esas entidades desarrollan actividades empresariales”.

4.2 Naturaleza del Fin Perseguido por las Sociedades Estatales.

Después de analizar las principales características de las sociedades del Estado, corresponde dilucidar cual es la naturaleza del fin de las actividades que estas desarrollan, es decir, si fueron creadas para satisfacer una necesidad pública o si pueden existir con independencia de ella. Lo importante es determinar si es que se trata de un fin esencial o no esencial para la Administración del Estado para así determinar, a su vez, la extensión de los resguardos que deberá adoptar el ordenamiento jurídico frente a este tipo de asociaciones.

Como sabemos, en la actualidad la Administración del Estado, en forma cada vez mas creciente recurre a técnicas e instrumentos del Derecho Privado para cumplir con sus fines, particularmente en el campo de las actividades de carácter empresarial, esto forma, como ya sabemos, parte del proceso que trajo consigo la Nueva Gestión Pública como corriente renovadora de la Administración del Estado, fenómeno del que hemos expuesto a lo largo de este trabajo. Que dicho fenómeno tenga lugar respecto de órganos que no forman parte de la estructura orgánica de las Administración del Estado no es argumento suficiente para negar el carácter público del fin perseguido por la actividad que estas sociedades llevan a cabo, ya que la importancia reside en la función que ejercen y en el fin que persiguen, mas allá de los elementos formales que caracterizan la naturaleza jurídica de las entidad de que se trate.

Muchas de estas sociedades cumplen funciones y persiguen fines de servicio público, en algunos casos las actividades desarrolladas por estas, aun se identifican con las del órgano o empresa del Estado que concurrió a su creación, en estos casos, tenemos actividades que eran desarrolladas por servicios públicos propiamente tales u órganos o empresas del Estado que integran formalmente la Administración del mismo, y que por un imperativo jurídico pasaron a ser ejercidas

por Sociedades Anónimas en las cuales el Estado mantiene presencia, en esta situación se haya, por ejemplo, la Empresa de Transportes de Pasajeros METRO S.A.

A pesar de lo anterior, bajo nuestro sistema legal, no parece relevante recurrir a la noción de servicio público para dilucidar la naturaleza, tanto de la actividad, como del fin perseguido por estas sociedades, ya que de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 inciso primero de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, “servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.”; lo que hace posible concluir que el legislador ha optado por una definición orgánica de servicio público, atendiendo a la continuidad en la prestación de servicios, que a su vez, deben dirigirse a la satisfacción de necesidades generales o comunes. Además, el artículo citado continúa su enunciado disponiendo que estos servicios “estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, a través de los respectivos ministerios” correspondiéndoles la aplicación de las “políticas, planes y programas” emanados de los mismos y que son una fiel representación de las políticas estatales que propenden al bien común y que configuran la potestad del Ejecutivo a quien corresponde “el Gobierno y la Administración del Estado”, según lo establecido en la Constitución Política de la República, en el inciso primero de su artículo 24, en relación con el precepto contenido en el primer artículo de la ya tantas veces citada Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que en relación con lo anterior dispone: “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.”

Todo órgano creado por la administración debe ser creado en miras de satisfacer un interés público, ya que el fin público, siendo el fundamento de toda actividad estatal, no puede jamás separarse de esta, porque de así serlo se estaría incumpliendo con el rol que debe inspirar la actividad de la administración del Estado y vulnerando los principios constitucionales que regulan la actividad empresarial del Estado. Por lo demás si el legislador ha autorizado, por una ley de quórum calificado, la creación de una entidad destinada a desarrollar actividades en el ámbito empresarial, así lo ha hecho por considerar que en ello existe la respuesta

a alguna necesidad colectiva. Dicha autorización carecería de sentido si a través de ella se pretendiera desarrollar una actividad en el ámbito empresarial que solo tenga relevancia para los privados. En definitiva, toda entidad creada para servir instrumentalmente al estado en el ámbito empresarial debe poseer un fin de carácter público y propender a la consecución de intereses o a la satisfacción de necesidades colectivas.

Para demostrar aun más en concreto lo anterior, cabe tener presente que la participación del Estado y de sus organismos en el desarrollo de actividades empresariales, en forma directa o indirecta, a través de cualquiera de los órganos que conforman la administración del Estado; o por intermedio de asociaciones en las que participe con particulares para crear sociedades estatales o para formar parte de las mismas, requiere de la dictación de una ley de quórum calificado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental como requisito habilitante. Además se exige que dicha ley no vulnere un principio fundamental del ordenamiento jurídico previsto en el artículo 1 de la Constitución Política, el principio de subsidiariedad del Estado. Que reduce la participación del Estado “sólo a aquellas actividades que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la Nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado”⁴³. Este principio constitucional establece que el Estado no puede inmiscuirse en actividades que sean propias de los organismos o cuerpos intermedios de la sociedad a menos que estos no puedan o quieran participar de ellas. Esta prohibición es válida y resulta aplicable al campo de la actividad empresarial, la que por regla general, esta reservada a los particulares, por ser la misma una manifestación de la libertad en el ejercicio de actividades económicas a que hace referencia el artículo 19 N° 21 de la Constitución. De lo anterior se infiere que para que la autorización legal que permite al Estado crear entidades a través de las cuales desarrollar actividades empresariales sea constitucionalmente válida, se requiere que estas actividades no sean de aquellas que solo resulten relevantes para el interés privado, por el

⁴³ Declaración de Principios del Gobierno de Chile, de marzo 1 de 1974.

contrario, los fines a los que el Estado debe recurrir para fundamentar dicha autorización deben trascender el interés particular y ponerse al servicio del público, que siempre debe subyacer en la referida autorización. Por lo general, el interés público o colectivo al que aludimos estará representado por las necesidades del giro o función asignada al órgano creado unido a la falta de capacidad del mismo para llevar a efecto sus actividades sin la participación de la Administración en él.

Al efecto el legislador ha establecido diversas formas de control sobre la constitución y funcionamiento de este tipo de sociedades, lo que tiene como fundamento la existencia del interés público que estas han de perseguir y que se encuentra comprometido en las mismas; ya que fundamenta su creación y rige el desarrollo de sus actividades. Por lo anterior, se estima que el fin de la actividad que realizan las sociedades estatales tiene la misma naturaleza que aquel que caracteriza a las empresas u órganos del Estado que concurrieron a su formación.

4.3 Límites de la Actividad Desarrollada por las Sociedades del Estado.

El régimen de control de las actividades que las sociedades del Estado pueden realizar comienza con la regulación a la que se someten las empresas del Estado que concurren a su creación, las cuales en algunos casos, contienen en su ley orgánica las limitaciones correspondientes al objeto de las sociedades a cuya creación pueden concurrir. Un ejemplo de lo anterior es la Ley N° 19.132 que crea Televisión Nacional de Chile en cuyo artículo 22 inciso tercero establece lo siguiente: “la empresa solo podrá constituir o formar parte de sociedades cuyo objeto complemente su actividad y cuya existencia sea estrictamente necesaria para el debido desarrollo de las actividades de la Corporación.” Otras, por el contrario, no aluden expresamente al giro de la actividad que podrá desarrollar la sociedad que ésta cree o bien lo hacen de manera genérica e imprecisa. Esto representa graves problemas al intentar precisar cual es el límite del giro que pueden pactar los socios, esto es, el órgano o empresa del Estado y quienes decidan asociarse con ellos, los cuales, por lo general, serán privados. La principal razón de por qué es tan importante fijar este límite dice relación con el sentido que tendría, por una parte, exigir para la creación de una empresa u órgano del Estado una ley de quórum calificado que determine y justifique la constitución del mismo a

través del desarrollo de una actividad determinada de forma delimitada para propender a la consecución de un fin colectivo, para con posterioridad permitir a dicho órgano actuar a través de sociedades estatales en el giro de actividades que vayan mas allá de los cometidos que autorizó la disposición legal al órgano creador. Como se ve, carecería de sentido la exigencia constitucional que obliga contar con una ley de quórum calificado para que un órgano del Estado pueda desarrollar una actividad determinada, si luego de creado dicho órgano, en la practica, podrá llevar a cabo actividades diferentes a las que justificaron su creación, creando a su vez otras entidades a las cuales controle o en las que participe.

De lo anterior se desprende que la creación de una sociedad estatal no puede significar una vía para que los órganos del Estado desarrollen actividades fuera de o más allá de las establecidas en su ley orgánica.

A raíz del análisis anterior, es posible extraer dos restricciones que deben considerarse con respecto al giro o actividad a desarrollar por las sociedades estatales y que, a su vez, hacen las partes de condiciones esenciales al momento de resolver sobre la procedencia o improcedencia de una entidad de este tipo: El giro de la empresa u órgano del Estado.

La sociedad estatal no puede desarrollar ninguna actividad que exceda el giro de la actividad empresarial autorizada por la ley de quórum calificado a la empresa u órgano del estado que concurre a su creación. Con la aplicación de este límite se guarda la necesaria observancia de la habilitación legal a que se refiere el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, asegurando también el debido respeto al principio de subsidiariedad.

Improcedencia de que la sociedad estatal lleve a cabo idénticas actividades empresariales a las autorizadas a desarrollar por el órgano estatal o empresa del Estado que concurre a su creación; o aquellas que formen parte de la función o giro principal confiado por la ley a la empresa u órgano del Estado. Esto implica que en la creación de la sociedad del Estado, la empresa u órgano estatal no pueden traspasar a esta los cometidos legales que constituyan actividades esenciales de su giro o función. De hacerlo, estarían alterando el marco legal establecido en su ley orgánica y modificando la asignación de funciones efectuada por el legislador a

través del traslado de estas desde su organización a una diferente no considerada por la ley.

Precisamente por lo anterior, las sociedades estatales solo pueden desarrollar actividades complementarias, es decir, secundarias o accesorias al giro de la actividad “principal” que debe ser ejecutada por el órgano o empresa estatal, por haberlo establecido así la ley de quórum calificado que le dio existencia. Para efectos de determinar que actividad debe ser calificada como complementaria y cual como principal debe atenderse a la ley que haya fijado el objeto de la empresa u órgano estatal de que se trate.

El límite establecido anteriormente ha sido aplicado por la Contraloría General de la República en el dictamen N° 6.724 del 27 de febrero de 1997, que ilustra la siguiente opinión: “la Empresa Nacional de Minería no está facultada para formar una sociedad entre esa empresa y la Compañía Minera Nacional Ltda., con una participación social de 99% para la primera y un 1% para la segunda, como acordara su directorio en sesión del 28 de septiembre de 1994, y cuyo objeto sería administrar los bienes destinados a la planta Manuel Antonio Matta, que aportaría ENAMI, a través de la cual la aludida entidad estatal cumple con el objeto que le define el DFL N° 153 de 1960 art. 2, y ejerce funciones que se le señalan en el art.3 de dicho texto. Ellos, por que la potestad legal de que están dotadas las empresas públicas para constituir sociedades no envuelve la de disponer de una parte sustancial de los bienes con que cuenta para cumplir sus funciones, como tampoco la de transferir a dichas sociedades el cumplimiento de aquellas, sino solo encomendarles labores complementarias y en ningún caso sustitutivas de las que le competen por mandato legal”.

En igual sentido se pronuncia la División Jurídica de la Contraloría en el oficio N° 4.839 del 7 de febrero de 1990 al referirse sobre la posibilidad que una repartición del ejército y las Fabricas y Maestranzas del Ejército, empresa del Estado regida por el DFL N° 223 de 1953, pudiese formar una sociedad comercial expresando que: “La creación de personas jurídicas de Derecho Privado por parte de organismos de la administración de Estado, legalmente facultados para ello, en ningún caso puede tener el alcance de asignar a tales organizaciones privadas el cumplimiento de funciones públicas que la ley ha radicado en los entes estatales

que concurren a su formación, puesto que los fines y las atribuciones de estos últimos son materia de ley, acorde con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y por consiguiente, sólo por ley puede alterarse su competencia". En la misma línea de ideas se manifiesta el órgano contralor en los Dictámenes N° 26.031 del 24 de agosto de 1995 y en el N° 34.889 del 4 de noviembre de 1996, en donde fija una clara postura en el sentido de que las empresas u órganos del Estado sólo pueden constituir o formar parte de sociedades cuyo objeto complemente su actividad y cuya existencia sea estrictamente necesaria para el debido desarrollo de sus actividades. Es decir, el objeto de las sociedades que se creen debe siempre corresponderse o complementarse con aquel propio del órgano creador o asociado definido en una ley de quórum calificado.

En todos aquellos casos en que la ley guarde silencio, el giro de una sociedad estatal solo puede comprender actividades complementarias al objeto que por ley ha sido fijado a la empresa u órgano del Estado que concurre a su formación lo que implica la sujeción de ésta al marco de actividades contempladas por el legislador para la empresa u órgano estatal; por lo demás, dentro de ese marco, sólo puede desarrollar actividades accesorias al objeto de dicha empresa u órgano del Estado.

4.4 Control de la Actividad de las Sociedades del Estado.

Las sociedades estatales, como ya hemos visto, se constituyen y funcionan de acuerdo a las normas del Derecho Privado, a pesar de lo anterior y en consideración del interés público que justifica su creación, el ordenamiento jurídico ha establecido ciertos controles sobre este tipo de sociedades. Este control es de carácter muy especial ya que el objeto, funcionamiento, organización, personal y administración de los recursos quedan fuera de aquel haciéndolo muy restringido.

A estas sociedades se les aplican principalmente dos medidas de control administrativo, sin perjuicio de que sean fiscalizadas en cuanto a otros procedimientos como se vera mas adelante. El primero de ellos está contenido en el DL N° 1056 de 1975 cuyo articulo 3 inciso segundo dispone que" Los servicios, instituciones y empresas del público solamente podrán efectuar aportes de capital a

sociedades o empresas de cualquier naturaleza, (...) previa autorización del Ministerio de Hacienda.” Cada vez que un órgano de la administración decida efectuar aportes, sea para concurrir a la formación de una sociedad o para aumentar su capital deberá obtener para aquello autorización previa de dicho Ministerio y sujetarse al control de antecedentes y méritos que dicha prerrogativa ministerial lleva implícita. Este control obra previo a la creación de la sociedad del Estado de que se trate y se aplica a cualquier órgano de la Administración del Estado que pretenda realizar aportes de capital, porque su aplicación directa a un órgano estatal permea en que se aplique también, aunque de forma indirecta a las sociedades estatales, condicionando su existencia o limitando su funcionamiento.

El segundo control se encuentra previsto en la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, artículo 16 inciso segundo que dispone: “ Quedaran sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

El control establecido a través del artículo citado es doblemente excepcional y restrictivo por cuanto, por una parte, solo tiene lugar tratándose de entidades en que un órgano o empresa del Estado tenga aportes de capital mayoritario o en igual proporción; y por la otra, por el hecho de que se ejerce únicamente sobre una parte determinada de la actividad realizada por la entidad, no alcanzándola cabalmente. Si bien la norma anterior debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que el control por ella establecido puede recaer sólo sobre las materias taxativamente enunciadas en la disposición, la amplitud de los términos de referencia que ella contiene hace posible ejercer el control de forma más extensa de lo que pudiere desprenderse de la norma, así al menos lo ha entendido la Contraloría General de la República a través de sus dictámenes.

De acuerdo a lo señalado en la norma transcrita del control que debe ejercer la Contraloría no se excluye ninguna competencia de la entidad fiscalizada, por lo que la fiscalización de la Contraloría puede recaer sobre cualquier aspecto de la actividad de la sociedad estatal siempre que este dirigida a cautelar el cumplimiento de los fines, la regularidad de las operaciones del organismo, o para hacer efectivas las responsabilidades de su personal. Por tanto, la restricción del control esta establecida en relación con el fin de la acción misma de fiscalizar que ejerce la Contraloría General de la República, y no con respecto de las materias sobre las cuales esta acción puede recaer. Entonces, dicha fiscalización es legítima aun cuando verse sobre aspectos relativos al funcionamiento interno de la entidad, como serían la administración de personal, de bienes y de recursos financieros, también con respecto al efectivo cumplimiento del giro y de toda contratación que se haga con terceros, sean o no usuarios del servicio proporcionado por la sociedad. El control de todas esas actividades permitirá determinar si se cumple o no con los fines sociales, la regularidad de las operaciones que realiza la sociedad y la existencia de responsabilidades que deban hacerse efectivas.

Este control es el único de naturaleza administrativa establecido para velar porque el órgano creado se ajuste a la norma legal habilitante y cumpla, a lo largo de su vigencia, con las limitaciones y restricciones que el ordenamiento jurídico previene para este tipo de actividad estatal.

Los controles a los que nos hemos referido poseen diferencias que van mucho más allá del órgano destinado a ejercerlo. Así el control que esta a cargo del Ministerio de Hacienda opera con respecto a cualquier entidad estatal; el ejercido por Contraloría, sólo se ejerce cuando se trate de sociedades en las que un órgano o empresa del Estado tenga aportes de capital mayoritario o en igual proporción. Por otro lado, el control ejercido por el Ministerio de Hacienda busca asegurar que la creación de la sociedad o el nuevo aporte de capital a la misma se ajuste a las políticas ministeriales y tenga una justificación tanto comercial como financiera con respecto a los méritos de la misma. Aquí se vela, además de por el mérito, por la oportunidad y conveniencia de la medida que se pretende llevar a cabo a través de una inyección de recursos públicos. El control llevado a cabo por la Contraloría tiene por objeto verificar que los actos y contratos ejecutados por la sociedad estatal se ajusten al marco jurídico correspondiente.

Además de estos controles, existen otras disposiciones destinadas a fiscalizar las a las sociedades estatales, especialmente a aquellas en que el Estado o sus órganos tengan una participación o son dueños del 50% del capital social. Así el artículo 44 del DL 1.263 sobre Administración Financiera del Estado, condiciona la validez de los actos administrativos emanados de las sociedades del Estado a la autorización previa del Ministerio de Hacienda cuando ellos signifiquen directa o indirectamente un endeudamiento.

También conforman estos otros mecanismos de fiscalizaron el artículo 21 inciso primero de la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional que obliga a las empresas en las que el fisco tenga aporte de capital a informar a las Gobiernos Regionales las proposiciones de planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la región. En el mismo sentido el artículo 11 de la Ley N° 18.196 sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, Personal y de Incidencia Presupuestaria, que dispone que las empresas en que el Estado tenga aportes de capital igual o superior al 50% deberán someter el presupuesto anual de caja a la aprobación de los ministerios de Hacienda y Economía, Fomento y Turismo, sin perjuicio del decreto ministerial que otorgue la aprobación deberá además llevar la firma del Ministerio mediante el cual dicha entidad se relaciona con el Ejecutivo.

Todo lo expuesto anteriormente con respecto a las sociedades estatales nos permite arribar a las siguientes conclusiones a su respecto:

El Estado adopta diversas formas para actuar dentro del ámbito empresarial. Una de estas está conformada por las empresas del Estado, las que son creadas a través de una ley de quórum calificado, tienen personalidad jurídica de Derecho Público y patrimonio propio. Los funcionarios de estas empresas se encuentran sometidos a un régimen estatutario especial. Las empresas del Estado forman parte integral de las administración del Estado y dentro de estas tienen el carácter de órganos descentralizados funcionalmente de acuerdo a los establecido en los artículos 1 y 29 de la Ley N° 18.575.

El Estado también participa del desarrollo de actividades empresariales a través de otro tipo de entidades que no son creadas por una ley de quórum calificado y que tampoco pasan a formar parte de la estructura orgánica de la

administración estatal. Estas son las denominadas sociedades estatales, constituidas por un órgano, por una empresa del Estado y por particulares, o por dos órganos estatales, sobre la base de una autorización legal que también debe otorgarse a través de una ley de quórum calificado.

Estas sociedades se rigen en cuanto a sus creación, organización y funcionamiento por las normas del Derecho Común.

A pesar de su naturaleza jurídica de entes privados, las sociedades estatales persiguen un fin público y de interés general.

Estas sociedades deben enmarcar su actuación y el desarrollo de su giro social a la actividad empresarial que la ley de quórum calificado haya autorizado llevar a cabo al órgano o empresa del Estado que haya concurrido a su creación. Esto comprende dos aspectos, el giro de la sociedad estatal no puede ser independiente del de la empresa u órgano que la formó y la actividad de la sociedad no puede sustituir al órgano creador, ya que las atribuciones a este le fueron concedidas por una ley de quórum calificado. Por lo tanto, la sociedad estatal debe actuar de forma secundaria, complementaria o accesorio a la actividad ejecutada por el órgano o empresa estatal.

Por causa del fin público de interés general que justifica la creación y dirige el funcionamiento de las sociedades estatales, el orden jurídico las sujeta a diversos controles administrativos cuya intensidad depende del porcentaje de recursos públicos comprometidos en el aporte de capital que da vida a dichas sociedades. Según su tipo, estos controles serán de simple juridicidad o mérito, oportunidad o conveniencia; o bien recaerá sobre materias o actos específicos vinculados principalmente a la administración de bienes y recursos financieros.

5. Principio de Transparencia y Acceso a la Información.

Otro tema que viene a reflejar la vuelta del Derecho Público con aún más fuerza que en otros periodos anteriores de la historia, es la extensión de la regulación al ámbito de la Transparencia de los Actos Administrativos.

Como bien sabemos, antes de la promulgación y publicación de la Ley de Transparencia y acceso a la información en nuestro país, los actos administrativos, en su mayoría, gozaban de una privacidad que hacía prácticamente imposible su fiscalización por parte de la inmensa mayoría ciudadana que se veía afectados por los mismos: El ciudadano promedio, que no gozaba con un mecanismo eficaz que le garantizara el cumplimiento por parte del Estado del bien común o colectivo como fin de la Administración del Estado, lo que en más de una ocasión se prestaba como semillero de conjeturas y rumores centrados en criticar al gobierno de turno por no poder ver lo que éste realmente estaba haciendo en pos del bien común.

5.1 Orígenes del Derecho a la libertad y acceso a la información.

El principio de publicidad como tal, nunca ha sido definido dentro de nuestra Constitución, por lo que para entender qué significa debemos acudir, siguiendo el razonamiento del Profesor Miguel Fernández, al artículo número 20 de nuestro Código Civil que nos relega al sentido natural y obvio de las palabras, por lo que publicidad vendría a ser aquellos que es público, siendo esto lo que sea notorio, patente, manifiesto, evidente y sabido por todos.

El primer antecedente que da cuenta de la existencia de un derecho a la libertad de información lo podemos encontrar en la resolución número 59 adoptada en la Primera Sesión de la Asamblea General de la ONU del año 1946⁴⁴. Dicha resolución trató la libertad de información dentro del marco del Derecho Fundamental de la Libertad de Expresión, por lo que si bien estamos hablando del primer antecedente de dicho derecho, sería erróneo por nuestra parte fijar este hito

⁴⁴ “La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas. Dicho derecho, implica el de recopilar, transmitir y publicar noticias en cualquier parte y sin restricción alguna”.

histórico como la primera mención al derecho a acceder a la información como una garantía autónoma, pues para ello deberíamos remontarnos al año 2004, cuando la Asamblea General de la OEA, en el marco de las sesiones realizadas en su período número 34, adoptó una resolución que afirma que el acceso a la información pública “es un requisito indispensable para el funcionamiento de la democracia”, estableciendo que “los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas”.

Si bien salta de inmediato a la vista el largo tiempo transcurrido entre el primer hito y la adopción por parte de la OEA de la resolución descrita, sería falso pensar que no ocurrió ningún avance respecto a la materia en el intertanto existente, pues diversos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos sentaron precedentes respecto a la obligación de brindar información por parte de los órganos públicos y el eventual derecho a reparación respecto del incumplimiento de dicha obligación.

El primero de estos es el caratulado “Leander v/s Suecia” de 1987⁴⁵, que da cuenta de un sujeto despedido de su puesto de trabajo en el gobierno sueco por razones, que según el propio gobierno eran de “seguridad nacional”, pero que realmente, como se mostró con posterioridad, se basaban en antecedentes e información respecto de la vida privada del sujeto que registraba la policía sueca y que fueron negados al sujeto despedido. Por lo anterior, la Corte sostuvo que dicho almacenamiento y uso de la información privada, junto con la negativa de permitir al solicitante la oportunidad de conocerla y refutarla, constituía una infracción a su derecho a la vida privada.

Otro caso que debemos traer a colación para analizar correctamente la evolución del Derecho a la Información, es el caratulado Guerra y Ors v/s Italia, de 1998⁴⁶, que guarda relación con el hecho de que el presunto ocultamiento de información por parte del gobierno italiano habría provocado que los solicitantes no contaran con los antecedentes necesarios como para evaluar los riesgos que traía el hecho de que se mudaran a un pueblo cercano a una industria química de alto

⁴⁵ Iniciado por la Solicitud N° 9.284/81.

⁴⁶ Iniciado por la Solicitud N° 14.967/89.

riesgo, lo que se tradujo en problemas de salud que terminaron afectando el derecho a la vida privada y familiar de los solicitantes.

Los casos recién mencionados entre otros⁴⁷ dieron pie para que en 1998 los estados miembros de la Comisión Económica para Europa de la ONU y la Unión Europea firmaran el que sería el primer instrumento internacional con un carácter legal obligatorio: la Convención sobre Acceso a la Información y Participación Pública en la Toma de Decisiones, conocida también como Convención de Aarhus, que obliga a los países que son parte de la misma a tomar las medidas legales para hacer cumplir sus disposiciones y que reconocen el acceso a la información desde una óptica distinta y nueva: Ligada al derecho de vivir en un medio ambiente saludable.

Ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas promovió la Declaración sobre el Derecho y Responsabilidad de Individuos, Grupos y Órganos de la Sociedad de Promover y Proteger los Derechos Humanos –conocida también como la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos- cuyo artículo sexto hace mención al derecho de acceso de la información, pero de una forma más restringida y orientada sólo al ámbito de los Derechos Humanos⁴⁸.

5.2 Principios rectores de la legislación sobre acceso a la Información Pública.

Más allá de lo que las diferentes doctrinas de cada país puedan discutir respecto al alcance que deba tener la legislación referente al acceso a la Información Pública y que dependerán significativamente de la idiosincrasia y estándar democrático del país donde se discuta, la doctrina ha aceptado como comunes los principios publicados por la organización *Article 19*⁴⁹, que se basan en

⁴⁷ Gaskin v/s Reino Unido (Solicitud N°10.454/83), McGinley v/s Reino Unido (Solicitud N°21.825/93) y Egan v/s Reino Unido (Solicitud N°23.414/94)

⁴⁸ Art. 6° de la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, individualmente y con otras:

a) A conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales, con inclusión del acceso a la información sobre los medios por los que se da efecto a tales derechos y libertades en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos”.

⁴⁹ *Article 19* es una Organización que de acuerdo a sus estatutos se dedica a promover la libertad de expresión, el acceso a la información y la libertad de prensa a lo largo del mundo. Dicha institución define libertad de expresión como el “derecho de toda persona a opinar dentro del ámbito político, cultural, social y económico en el que se desenvuelva”. [En línea] www.article19.org/pages/en/mission.html. Consultado el día 12 de Julio de 2011.

leyes, estándares nacionales y sentencias de diversos tribunales nacionales. El catálogo de *Article 19* comprende entre otros⁵⁰ los siguientes principios:

1) Principio de Máxima Divulgación: Como su nombre lo indica, se refiere al hecho de que la información debe ser lo más amplia posible, llegando a cuantos más sujetos pueda. Sin embargo, de acuerdo a la misma organización, este principio trae consigo 2 aristas sumamente interesantes. En primer lugar, establece como regla general una presunción de apertura de la información, que se traduce en que todo órgano que deniegue el acceso a la información cargará con el peso de la prueba de que la información que niega puede ser legítimamente retenida. En segundo lugar, este principio plantea una amplitud tal que hace que el beneficio del derecho a la información alcance a todas las personas, no sólo a los ciudadanos. Además, no exige que la persona que busca información posea algún grado de interés en la misma.

2) Principio de Transparencia activa: Por transparencia activa se entiende la obligación de los órganos de publicar determinada información a través de medios accesibles al público y de forma permanente y actualizada. Se contrapone a la transparencia pasiva, que es la obligación impuesta a determinados órganos de otorgar información o responder una vez que son requeridos por parte de alguna persona, entregando de forma exacta, oportuna y completa la información requerida; recayendo entonces la iniciativa en el solicitante y no en el órgano en cuestión.

Article 19 liga este principio a la necesidad de capacitar funcionarios en pos de la obtención plena de este principio y a la recomendación de entregar incentivos al correcto desempeño de los diversos órganos en relación al cumplimiento de una transparencia activa por un lado y a la implementación de sanciones en caso de incumplimiento por otro.

3) Promoción del gobierno abierto: Se liga bastante con el principio anterior y orienta a que los diversos Estados adopten políticas de transparencia pública más accesible a la comunidad.

⁵⁰ Otros principios del catálogo de *Article 19* hacen referencia a los bajos costos que debe tener para los solicitantes los procedimientos de solicitud de información, las Audiencias Públicas de los órganos del Estado y la protección en todo momento a los denunciantes de malas prácticas.

4) **Ámbito limitado de excepciones:** Existe consenso en el hecho de que no toda la información puede ser pública, pero en lo que no existe tal consenso es en el límite que debe separar la información pública de la privada. El artículo 19 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en su numeral tercero, establece que las restricciones al derecho de acceso a la información deben estar contempladas en la ley y deben tener por objeto la protección del respeto de los derechos o reputación de otras personas, la seguridad nacional, el orden público o la salud pública⁵¹.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido un test de 3 requisitos para analizar si es que la restricción a determinada información es procedente o no. En primer lugar y al igual que en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU se establece que la restricción debe estar establecida por la ley; En segundo lugar la restricción debe establecerse en pos de un fin legítimo, como sería alguna de las causales establecidas en el ya citado artículo 19 del cuerpo de la ONU y que ha sido complementado con una serie de recomendaciones por parte del Consejo de Europa⁵²; y en tercer lugar debe existir una “necesidad social” para asegurar alguno de los propósitos anteriores en atención a que las razones que justifiquen la restricción deban ser “suficientes, relevantes y proporcionales al fin perseguido”⁵³.

5) **Celeridad en el acceso a la información:** *Article 19* plantea que es un principio fundamental para el Derecho a la Información contar con canales rápidos y dinámicos entre el solicitante y el órgano determinado e incluso plantea la recomendación de establecer plazos para responder los requerimientos y solicitudes de los ciudadanos además de procesos de revisión de los rechazos a otorgar información.

⁵¹ Artículo 19 N°3: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo (“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”) entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

⁵²

Dentro de esas recomendaciones, se incluye la protección de la seguridad nacional, las relaciones internacionales, la seguridad pública, persecución de actividades criminales, privacidad intereses comerciales, igualdad procesal de las partes y la política económica entre otros.

⁵³ Lingens v/s Austria, 1986. Iniciado por Solicitud N°9.815/82. Párrafos 39 y 40.

Es precisamente este catálogo de 5 recomendaciones el que ha forjado el moderno derecho de libre acceso a la información y que ha sido recogido con amplitud a lo largo y ancho del mundo en pos de establecer la garantía a la información de la Administración Pública como un derecho y un principio que merece un especial resguardo como herramienta de fiscalización de la transparencia.

5.3 Órganos de Control del Derecho a la Información.

En el Derecho comparado existen diversos sistemas de Control del Derecho a la Información que pueden ser clasificados de la siguiente forma⁵⁴:

- Ausencia de un órgano de supervisión: En algunas legislaciones no se contemplan órganos nacionales de fiscalización de las leyes nacionales que garanticen el Derecho a la Información ni órganos intermediarios que revisen los reclamos u objeciones que puedan tener los usuarios. Es el caso de legislaciones como la de Estados Unidos, que en su Ley de Libertad e Información establece que cada órgano es responsable de su propio cumplimiento de la Ley recién mencionada. Lo anterior tiene importantes repercusiones, pues otorga la libertad para que los órganos puedan clasificar de secretos sus documentos de forma arbitraria, por lo que las personas deben dirigirse directamente a la Corte Suprema (o Federal) para apelar respecto a una decisión negativa, como es lo que ocurre en los Estados Unidos y en Sudáfrica, provocando una lentitud en el proceso, la utilización de recursos humanos no destinados directamente para tales efectos y el alza de los costos procesales.

- Órganos de Fiscalización no contemplados en la ley: Es el modelo que se da con frecuencia en las naciones del Caribe y que contempla un órgano fiscalizador no establecido por una ley, hecho que mengua las atribuciones que pueda tener el mismo y hace que el Derecho a la Información se vaya progresivamente erosionando a causa de su poca relevancia jurídica.

⁵⁴ Clasificación realizada por Laura Neuman en el artículo "*Mechanisms for monitoring and Enforcing the Right to Information Around the World*". Carter Center [en línea] <http://www.cartercenter.org/documents/2364.pdf>. Consultado el día 13 de Julio de 2011.

- Fiscalización establecida por órganos creados por ley con poder de recomendación: Si bien son legislaciones que contemplan entes fiscalizadores, estos órganos sólo poseen poder para otorgar recomendaciones al órgano administrativo o funcionario público requerido, investigar informes y emitir opiniones que no tendrán la facultad de obligar al órgano a divulgar la información, por lo que recurren frecuentemente a prácticas de conciliación y mediación entre el solicitante y los órganos requeridos, contando con el arma del descrédito social en caso de que el órgano incumpla. El problema que acecha a este modelo de fiscalización, es que con el transcurso del tiempo se crea el riesgo de que el ente fiscalizador se torne cada vez menos serio a tal punto que pueda incluso ser ignorado. Este modelo de fiscalización se encuentra presente en las legislaciones de Canadá, Hungría y Suecia entre otros.

- Fiscalización establecida por ley: En este modelo existe una comisión o ente independiente con potestades suficientes para supervisar a los órganos y ministerios, investigar los reclamos, fijar directrices, oír casos, recopilar prueba, realizar recomendaciones y evacuar órdenes de carácter obligatorio. Los inconvenientes que plantea este modelo son principalmente 2: El primero guarda relación con el hecho de que a lo largo del mundo su aplicación se ha visto restringida sólo a la rama ejecutiva del gobierno y el segundo hace referencia al hecho de que en muchos casos el órgano fiscalizador no es realmente independiente, lo que es superable con la implementación de diversos mecanismos de elección de sus miembros⁵⁵.

5.4 El principio de Transparencia y Acceso a la Información en Chile

⁵⁵ Por ejemplo México y Jamaica contemplan un sistema de nombramiento a cargo del Presidente o Primer Ministro, quien es el único encargado de designar al tribunal fiscalizador. Canadá sigue un sistema similar al anterior con la salvedad de que el Congreso debe aprobar el nombramiento realizado por el Presidente. En Irlanda por ejemplo, el sistema es diferente, pues el Presidente debe elegir a los miembros en base a una lista de nominaciones realizadas por el Parlamento, que en el caso de Hungría y Suecia es el encargado de elegir a los miembros del ente fiscalizador.

Se puede decir a primera vista que nuestro país no contó con ninguna norma legal relativa a la libertad de Información o acceso a la misma hasta 1999, año en que comienza a regir la Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa, pero lo cierto es que el artículo número 19 de nuestra Constitución, en su numeral 12 consagra precariamente el derecho a la Información al proclamar “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”. Empero, de una lectura literal del cuerpo recién citado, no se puede concluir que este proteja el derecho de buscar y recibir información como si lo hacen los cuerpos del derecho comparado analizados con anterioridad, sino que éste se encontraría amparado por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que limita el ejercicio de la soberanía al “respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes, con lo que se complementa dicha garantía con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

La Ley número 19.653 que mencionamos más arriba introdujo por primera vez en nuestro país el derecho de cualquier persona interesada a acceder a la información de la Administración a través de la introducción de los artículos 11 bis y 11 ter a la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, contemplado hoy como el artículo 13 de dicho cuerpo legal⁵⁶.

Dentro del avance recién descrito, la reforma constitucional del año 2005, a través de la Ley número 20.050, introduce a la Carta Fundamental un nuevo artículo 8° que establece que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad de todas sus actuaciones”, estableciendo que serán públicos los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Con lo anterior vemos como el principio de transparencia y acceso a la información pública adquieren al fin un rango constitucional de nuestro ordenamiento jurídico que deja así de depender de la interpretación que se pueda hacer del artículo 19 número 12

⁵⁶ Artículo 13.- Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

o de la aplicación de los diversos Tratados Internacionales que se encuentran vigentes en nuestro país y que además, al estar contenido en el Capítulo I de la Constitución (referente a las Bases de la Institucionalidad), se hace aplicable a todos los órganos del Estado, pues al encontrarse en el cuerpo legal con más alta jerarquía en nuestro país, primará sobre cualquier otra categoría de norma.

Además, la reforma constitucional en cuestión establece que la reserva o secreto de la información considerada como pública sólo podrá establecerse a través de una Ley de Quórum Calificado y esgrimiendo como fundamentos el entorpecimiento en el debido cumplimiento de las funciones de esos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, lo que trajo consigo la necesidad de derogar, a través del Decreto N° 134 del año 2005, emanado por la Secretaría General de la Presidencia, que se derogue el Decreto Supremo N° 26 del año 2001, que establecía causales de reserva respecto de ciertos actos o documentos⁵⁷ por encontrarlo “contrario a la norma constitucional”.

5.5 Ley De Transparencia.

De acuerdo a lo postulado por nosotros dentro del presente trabajo dentro del título de “vuelta al derecho público” y en atención al planteamiento que hacemos de la misma tesis de que, poco a poco y en los últimos años, se ha visto en nuestra legislación una regulación por parte del Derecho Público de campos y materias que antes pertenecían al Derecho Privado, creemos ver en la Ley de Transparencia un fiel reflejo de ello, toda vez que supone un paso hacia adelante dentro del camino de transparentar y hacer público ciertos hitos que hasta hace poco tiempo no estaban regulados por la rama del Derecho Público.

La ley de transparencia y acceso a la información pública entró en vigencia el día 20 de abril de 2009 y como su nombre lo indica, tiene por objeto alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas y así asegurar a todas las personas el derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano público a fin de fortalecer el sistema democrático y disminuir la asimetría de información que existe entre el Estado y los ciudadanos. Para esto, la ley establece

⁵⁷ Dicho Decreto Supremo hacía mención a “la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias”.

que la información elaborada con presupuesto público y que obre en poder de los órganos pertenecientes a la Administración del Estado es pública y debe estar a disposición de los ciudadanos a través de la publicación de la misma de forma mensual en los sitios de los organismos sometidos a ella. Además la Ley crea a su vez un Consejo para la Transparencia como órgano autónomo especializado y de carácter fiscalizador y sancionador para efectos de hacer cumplir las disposiciones contenidas en dicha ley⁵⁸.

El origen de la Ley de Transparencia está otorgado por el principio de transparencia consagrado recientemente en artículo número 8 de la Constitución Política de la República⁵⁹, que debe ser complementado con el inciso final del artículo 4° de la Ley de Transparencia⁶⁰, que a su vez tiene su origen histórico en la condena impuesta a Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso “Claude Reyes y otros VS. Chile”⁶¹.

Esta Ley, aparte de señalar que la información de los órganos de la Administración del Estado debe ser pública, señala también los sujetos que se deben ceñir a esta, los sujetos que componen las excepciones de la misma, los procedimientos de acceso a dicha información y las sanciones aplicables en el caso

⁵⁸ Este Consejo se compone por miembros designados por el Presidente de la República con acuerdo de los 2 tercios de los miembros del Senado, siendo este quórum el más alto del país.

⁵⁹ El Art. N° 8 de la CPR, como ya mencionamos, fue introducido por la reforma constitucional número 20.050 del año 2005 y establece: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

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”.

⁶⁰ Art. 4° Inciso Final de la Ley de Transparencia: “El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

⁶¹ Originada por la denuncia número 12.108 por una supuesta negativa por parte del Estado de brindar a los denunciantes la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjera (considerado un órgano del Estado). En Septiembre del año 2006, se condenó al Estado de Chile a entregar la información requerida y a “adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párrafo 7 de su parte resolutive).

que correspondan, creando para ello, como ya lo mencionamos, un Consejo para la Transparencia.

Los artículos 4 y 5 de la Ley en cuestión, aparte de consagrar el principio de transparencia, establecen el concepto de lo que se debe entender por “información pública” en el sentido de estimarla como aquella que es elaborada con presupuesto público “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, salvo que se trate de alguna de las excepciones que la misma ley o la Ley de Quórum Calificado del servicio respectivo contemplen.

El ámbito de aplicación de la Ley, de acuerdo a su artículo segundo, obliga en forma absoluta a “los ministerios, intendencia, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”⁶² y de forma restringida, esto es sólo cuando la misma ley lo señale, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga una participación accionario superior al 50% o mayoría en el directorio. Respecto de estas últimas se establece un régimen especial de transparencia activa que las obliga a otorgar a la Superintendencia de Valores y Seguros (o a la superintendencia fiscalizadora respectiva) la misma información que deben entregar las sociedades anónimas abiertas en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 18.046.

Ya hablando en concreto, el artículo séptimo de la Ley de Transparencia consagra el principio de Transparencia Activa que mencionamos con anterioridad al señalar la información que se deberá mantener a disposición del público en el sitio electrónico de cada órgano⁶³ y que es:

a) Su estructura orgánica.

⁶² Que son también los órganos de la Administración del Estado que contempla el inciso segundo del artículo primero de la LOCBGAE.

⁶³ La Ley establece que en caso de que un órgano determinado no cuente con un sitio electrónico, la información deberá estar disponible en el sitio electrónico del Ministerio al que pertenezca el órgano en cuestión.

- b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada unidad u órgano interno.
- c) El marco normativo que les sea aplicable.
- d) El personal de planta, a contrata y a honorarios con sus respectivas remuneraciones.
- e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, prestación de servicios, ejecución de acciones de apoyo y obras y las contrataciones de estudios, asesoría y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, indicando los contratistas de dichas obras e identificando a los socios y principales accionistas de las sociedades o empresas que las prestan.
- f) Las transferencias de fondos públicos que realicen y los aportes económicos realizados a personas jurídicas o naturales, ya sea directamente o mediante concursos.
- g) Los actos y resoluciones que produzcan efectos sobre terceros.
- h) Los trámites y requisitos que debe cumplir la persona interesada en tener acceso a los servicios que preste el órgano respectivo.
- i) El diseño, los montos asignados y los criterios de acceso a los programas de subsidio u otros beneficios que otorguen los respectivos órganos y las nóminas de beneficiarios de los programas sociales que se encuentren en ejecución.
- j) Los mecanismos de participación ciudadana en caso de que los haya.
- k) La información referente al presupuesto asignado y los informes de su ejecución.
- l) Los resultados de las auditorías en relación al ejercicio presupuestario.
- m) Las entidades en que tengan participación, representación o intervención.

Para llevar a cabo la obligación impuesta por esta Ley, el legislador estableció 2 mecanismos: Por un lado le encomienda a las reparticiones encargadas del control interno de cada órgano el velar por la observancia de la misma y por otro establece que el Consejo para la Transparencia resuelva los reclamos por el incumplimiento de lo dispuesto en la Ley y aplique las sanciones respectivas en los casos que correspondan⁶⁴.

En su artículo 11, la Ley sobre acceso a la información pública establece un catálogo de principios a los que debe ceñirse el derecho de acceso a la misma en nuestro país, que sumados a lo dispuesto en los artículos 8 y 19 número 12 de la Constitución Política, componen la fuente de interpretación que deberá seguir tanto

⁶⁴ Artículos número 8, 47 y 49 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

el Consejo de la Transparencia y las Cortes de Apelaciones al momento de conocer y resolver las contiendas ocasionadas por la denegación de información y que guardan estrecha similitud con los principios mencionados por la organización *Article 19* a los que nos referimos con anterioridad. Estos son:

A) Principio de Relevancia: De acuerdo al cual se presumirá como relevante toda la información que posean los órganos de la Administración del Estado, siendo irrelevante el formato en el que se encuentre, el soporte, la fecha de creación del mismo su origen o su clasificación.

B) Principio de la Libertad de Información: En virtud del cual se establece que toda persona goza del derecho de acceder a la información que se encuentre en poder de los órganos de la Administración del Estado, existiendo como únicas excepciones o limitaciones aquellas establecidas por leyes de quórum calificado.

C) Principio de Apertura (o transparencia): Establece que en virtud de los dos principios anteriores, la carga de la prueba se invertirá a favor del solicitante de la información, por lo que le corresponderá al órgano que se niegue a entregar la información acreditar la causa legal de dicha negativa.

D) Principio de Máxima Divulgación: Establece que el los órganos de la Administración del Estado deben entregar la información en los términos más amplios posibles, pudiendo excluir sólo aquello que esté sujeto a las excepciones legales

E) Principio de Divisibilidad: Contempla que en caso de que un acto administrativo contenga información que deba conocerse e información que deba denegarse, se deberá mantener en reserva sólo aquella parte considerada como secreta o reservada.

F) Principio de la No Discriminación: Indica que los órganos de la Administración del Estado se encuentran obligados a entregar información a toda aquella persona que lo solicite, en igualdad de condiciones, sin realizar distinciones arbitrarias y sin exigir la causa o el motivo de la solicitud.

G) Principio de Oportunidad: Plantea que los órganos requeridos deben responder a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad que les sea posible y evitando trámites dilatorios.

H) Principio de Control: Establece la fiscalización permanente de las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública y la posibilidad de reclamar ante un órgano externo las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información.

I) Principio de Responsabilidad: En caso de incumplimiento a lo impuesto por esta ley se dará lugar a las sanciones establecidas por la misma ley.

J) Principio de Gratuidad: Menciona que el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado es gratuito. Sin embargo, el artículo 18 del mismo cuerpo permite como condición para la entrega de la información el pago de los “costos directos de reproducción y demás valores que una ley expresamente autorice”.

El título V de la Ley establece un organismo colegiado con personalidad jurídica y patrimonio propio cuyo objeto es promover la transparencia dentro de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de la normativa referente a la transparencia y publicidad de los órganos pertenecientes a la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información: El Consejo para la Transparencia.

Según el artículo número 33 de la Ley en cuestión, las funciones del Consejo son entre otras:

- 1) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley y aplicar las sanciones que correspondan en caso de existir infracciones a la misma.
- 2) Resolver los reclamos que se susciten en atención a la negativa de entregar información por parte de algún órgano de la Administración del Estado.
- 3) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la misma y el derecho de acceso a la información.

- 4) Dictar instrucciones generales para permitir el cumplimiento de la legislación relativa a la transparencia y acceso a la información por parte de los órganos que componen la Administración del Estado.
- 5) Recomendar a los órganos de la Administración del Estado en pos de perfeccionar la transparencia de la gestión del Estado.
- 6) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional las normas e instrucciones para asegurar la transparencia y el acceso a la información.
- 7) Organizar actividades de capacitación de funcionarios públicos y de difusión pública sobre materias relativas a la ley.
- 8) Realizar estadísticas y reportes sobre los temas de transparencia y acceso a la información.

De lo anteriormente mencionado, se puede desprender que nuestra legislación adoptó casi en su totalidad los principios formativos otorgados por *Article 19*, dejando a nuestro país dentro de los más altos estándares tanto de observancia como de fiscalización en lo que respecta al derecho de libre acceso a la información pública, lo que no es otra cosa que un sinónimo o reflejo de lo que la doctrina comparada conoce como el retorno al Derecho Público, que como ya mencionamos, no es otra cosa que una ampliación de la misma rama del derecho que comienza a intervenir en ámbitos que otrora carecían de regulación.

CAPÍTULO 6: Regulación de la Libre Competencia

Siguiendo la línea argumentativa del capítulo anterior, estimamos pertinente tratar en el presente trabajo otro tema que con anterioridad escapaba de la regulación por parte del Estado y del Derecho Público que hoy en día se encuentra contemplado como una materia a la cual el Estado le debe brindar protección y regulación en pos de asegurar la estabilidad económica, las libertades económicas y el bien común: El Mercado y la Libre Competencia.

6.1 El problema de la Economía y el Mercado.

La economía, como disciplina, nace para dar solución eficiente al problema planteado por la existencia de una cantidad ilimitada de necesidades de los humanos frente a una cantidad limitada (o más bien escasa) de recursos para satisfacerlas, entendiendo por solución eficiente aquella que nos indica el cómo debe organizarse una sociedad en pos de distribuir de mejor manera dichos recursos limitados, pero vale la pena preguntarnos qué es realmente una necesidad y un bien para entender de mejor manera el tema tratado: por necesidad atenderemos a la definición del profesor Larroulet en cuanto dice que son “sensaciones de carencias de algo unidas al deseo de satisfacerlas”⁶⁵; bienes, por su parte, son “todos aquellos elementos que satisfacen tanto de forma directa como indirecta, los deseos o necesidades de los seres humanos”⁶⁶.

El Mercado, sus sujetos y el precio.

En sus orígenes, el mercado era un lugar físico en el que se llevaban a cabo los intercambios de productos y recursos entre compradores y vendedores de forma presencial, pero con el avance de la sociedad y de las tecnologías, hoy en día el concepto de mercado se ha desligado del lugar físico, pues existe incluso lo que se denomina mercado electrónico, en el que se realizan transacciones comerciales entre sujetos sin que estos se encuentren determinados y menos presentes, dando origen así a una definición más amplia en la que podemos decir que el mercado es un ámbito en el que se intercambian bienes, servicios y factores de producción de

⁶⁵ LARROULET, Mochón. “Economía” Ed. Mc Graw Hill, 2ª Edición, España 1995.

⁶⁶ Idem.

manera libre y a través de los agentes de mercado, siendo los compradores denominados para estos efectos demandantes y recibiendo el nombre de oferentes los vendedores.

Más allá de lo recién mencionado, nos parece pertinente otorgar una definición un tanto más técnica de los sujetos recién descritos, para lo cual debemos entender como demandantes a aquellos sujetos que desean lo que se ofrece en el mercado considerando para ello una serie de factores, dentro de los cuales podemos mencionar el precio del producto⁶⁷, los ingresos del demandante, sus gustos y los precios de los bienes sustitutos o complementarios del bien a adquirir entre otros. Por otro lado, los oferentes son aquellos sujetos que ponen productos determinados a disposición de los consumidores y que a su vez deben considerar como factores el precio de los bienes que ofrecen, el precio de los bienes complementarios o sustitutos que ofrece el mercado en comparación con el bien que ellos ofrecen y el costo de los factores productivos entre otros. Todos estos factores guardan estrecha relación con el que vendría a ser el factor determinante a la hora de realizar o no una transacción: El precio, que puede ser definido como el número de unidades monetarias requeridas para que el demandante adquiera a cambio una unidad del bien o servicio que ofrece el oferente.

6.2 Competencia.

Desde una perspectiva clásica, la competencia hacía alusión a la rivalidad existente entre los actores del mercado, pero hoy en día dicha concepción se encuentra en desuso, pues hoy por hoy es posible identificar a la competencia en el mercado con las diversas formas que este mismo presenta en atención a la estructura y organización de los actores del mismo.

Se denomina “mercado perfecto” aquel modelo ideal que suele no darse en la realidad y que sirve de parámetro para comparar el ideal de un mercado con el funcionamiento de un mercado determinado. Este mercado ideal posee una serie

⁶⁷ Existe una estrecha relación entre el precio del producto y la cantidad de demanda del mismo que recibe el nombre de “Curva de Demanda” y que sigue un patrón según el cual, al subir de precio un bien, los compradores tienden a comprar menos y viceversa.

de principios que lo caracterizan, dentro de los cuales podemos mencionar en primer lugar un Importante número de compradores y vendedores de tal manera que el mayor comprador o vendedor posea una mínima relevancia dentro de las cantidades totales de las transacciones del mercado, por lo que su comportamiento no debería influir en los precios, además de una independencia en el actuar de cada uno de ellos; una igualdad del producto, de tal forma que sea indiferente la identidad del sujeto que compra y que vende; hecho que da pie para que el demandante pueda elegir entre una gama de oferentes; Información Perfecta en poder de todos los agentes del mercado, pues de esa forma los vendedores sabrán cuál es el precio dispuesto a pagar por parte de los compradores, a la vez que estos sabrán el precio que el vendedor desea recibir. Este factor es relevante puesto que ayuda a predecir la conducta que observará el mercado a futuro; Movilidad de recursos que permita el ingreso de nuevos agentes de mercado a las distintas industrias que ofrece el mercado. Dicho de otro modo, este principio plantea la prohibición de que exista un control de los agentes del mercado por parte de los mismos, por lo que se prohibiría por ejemplo que una empresa impida o fomente la aparición o cierre de otra; y por último, aunque de suma relevancia, la nula injerencia de la empresa sobre el precio de un bien o servicio.

6.3 Fallas del Mercado.

Como fallas del mercado, o mercado imperfecto debemos entender aquellas situaciones que provocan que la distribución o suministro de un bien o servicio no sea realizada de forma eficiente, ya sea porque el mercado ofrece una mayor cantidad de dicho bien (o servicio) o porque la demanda de dicho objeto es superior a la que ofrece el mercado. Si bien sus causas son diversas, dentro de las principales podemos mencionar un errado cálculo de los costos y beneficios que trae la producción y/o adquisición de un objeto; la competencia imperfecta que se produce cuando un oferente posee un mayor poder dentro del mercado en relación al de los otros agentes del mercado; y la información asimétrica o privilegiada que un actor pueda poseer.

6.3.1 El Monopolio.

El monopolio es una falla de mercado en la que se ve reflejada la imperfección del mismo, pues éste podría ser definido como una estructura de mercado en la que sólo una empresa es la que ofrece un bien o servicio determinado, por lo que será esta la única que dominará la totalidad de la demanda del mercado, teniendo así un rol preponderante en el proceso de la determinación del precio a pagar por parte de los compradores. Las principales causas que dan lugar al monopolio dentro de un mercado son entre otras, el control de un factor productivo; la existencia de patentes que permiten la explotación exclusiva de la creación en cuestión; y la existencia de monopolios legales dentro de industrias de consumo masivo y de primera necesidad.

Los efectos del monopolio dentro del mercado son principalmente 2: por un lado la determinación unilateral del precio del producto o servicio (que generalmente será más alta) y por otro lado un nivel de producción menor, repercutiendo de manera determinante en el funcionar óptimo de un mercado determinado.

6.3.2 El Oligopolio.

Al igual que el monopolio, el oligopolio es una falla del mercado, pero a diferencia de este, en el oligopolio la mayor parte de las ventas se realizan por unas pocas empresas que por separado son capaces de influir de manera muy importante en el precio del producto, creándose así una interdependencia mutua y recíproca entre los productores del mercado, siendo de especial relevancia dicho tema para efectos de la libre competencia por cuanto se puede dar un escenario en el que las empresas deciden colaborar entre ellas en pos de planificar y acordar estrategias, conducta que recibe el nombre de colusión.

Por colusión se entiende cualquier acuerdo, ya sea explícito o tácito entre las empresas de un determinado mercado orientadas a fijar precios, limitar la producción y/o impedir la aparición de nuevos actores de mercado. Para que opere la colusión existen 4 factores fundamentales que deben concurrir copulativamente:

- Existencia de un número reducido de competidores.

- Existencia de un sistema jurídico que no sancione ni prohíba la colusión.
- Existencia de condiciones que faciliten la detección de conductas que vulneren los acuerdos por parte de una empresa coludida.
- Existencia de condiciones que permitan una prolongada vigencia de los acuerdos a los que lleguen los actores del mercado.

Cuando la colusión es expresa nos encontramos frente a la figura de un cartel, que puede definirse como una combinación de empresas a través de pactos explícitos que versan sobre el precio y/o los niveles de producción, que para no sobrepasar la necesidad del mercado este es repartido en cuotas.

Por otro lado, a través de la colusión tácita se busca de llegar al mismo resultado que el del cartel pero sin hacerlo de forma expresa, sino que mediante 2 conductas implícitas: El seguimiento por parte de los demás actores de los precios fijados por el líder y el oligopolio de una empresa dominante que ostenta el control de un porcentaje importante del mercado. Cabe mencionar que es precisamente esta figura de la colusión la que da origen a la mayoría de las grandes contiendas legales que conoce el Tribunal de la Libre Competencia de nuestro país.

6.4 La regulación de la Libre Competencia y el Decreto Ley Número 211.

La regulación es un concepto que proviene del mundo jurídico anglosajón y que hace referencia a todas las modalidades que puede adoptar la intervención administrativa sobre un determinado mercado; que en palabras más simples constituye la intervención pública en la economía de mercado y basa su actividad en un poder de supervisión que se explica en el intercambio que existe por parte de un mayor ámbito de libertad de la iniciativa privada en el que la Administración del Estado se reserva la facultad de investigar y conocer la mayor cantidad posible de información respecto de un negocio determinado.

Para comprender a cabalidad la evolución que ha desarrollado la actividad reguladora del mercado por parte de la Administración del Estado, es menester

recalcar que un comienzo, esta intervención pública distinguía entre las actividades llevadas a cabo por los servicios públicos en un sentido amplio y aquellas actividades privadas, regulando sólo las primeras dado su carácter esencial para la vida social y comunitaria.

La primera legislación en el mundo en crear un cuerpo normativo orientado a proteger la Libre Competencia fue la francesa, que en el año 1791, en plena época de Revolución, creó la denominada *Loi le Chapelier*; y si bien es cierto que dicha legislación fue la primera en cubrir dicho tema, la doctrina es conteste en señalar el verdadero nacimiento de la legislación de competencia con la dictación de la *Sherman Act* antimonopólica del año 1890 en los Estados Unidos de Norteamérica. No obstante lo anterior, nuestro país fue el primero de Sudamérica en adoptar una ley orientada a la protección de la Libre Competencia, puesto que el año 1959 se publica la ley número 13.305, que aparte de contener una tipificación del delito de monopolio, creaba una comisión antimonopólica dotada de facultades de control y sanción de los actos considerados dentro de la misma; sin embargo, esta ley sufrió una fuerte caída en desuso a causa del gran incremento de la actividad estatal dentro de la vida económica del país a principios de la década de 1970.

Para ponerle fin a la situación anterior, surge el Decreto Ley N° 211 basado en la política económica del gobierno militar, caracterizada por una amplia apertura el mundo, el incentivo de la actividad económica privada y la libre determinación de los precios por parte del mercado y que se mantiene vigente hasta nuestros días con escasas modificaciones a lo largo de su existencia, siendo la más relevante la del año 2002, que introduce la creación de un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que surge a causa de que los órganos consagrados en el DL 211 de la época “no cumplen con los requisitos básicos de independencia, especialidad, dedicación y recursos para enfrentar las nuevas y mayores exigencias planteadas por la nueva realidad económica imperante en el país”⁶⁸.

6.4.1 El bien Jurídico Protegido por el DL. 211.

⁶⁸ Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el mes de mayo del año 2002.

Si bien en los considerandos del Decreto Ley N° 211, se manifestó que el monopolio es contrario a la sana y efectiva competencia de los mercados ya que a través de las conductas controladoras de la oferta o la demanda se podría llegar a fijar precios artificiales que contraríen los intereses de los consumidores al mismo tiempo en que se atenta contra el incentivo de la producción, protegiendo a los productores o distribuidores ineficientes, la Jurisprudencia amplió el debate en lo relativo al bien jurídico protegido, pues en 1981 la Comisión Resolutiva (que hoy en día es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), estableció que su fin no es sólo cautelar el interés de los consumidores, sino que es salvaguardar la libertad de todos los participantes en la actividad económicas, ya sean productores, comerciantes o consumidores, ampliando así la protección a la colectividad en su conjunto, pues de esa forma se busca asegurar la producción de más y mejores bienes y servicios a precios más bajos.

Por su parte, la doctrina no ha sido conteste en lo referente al bien jurídico protegido por el cuerpo normativo en cuestión, pues por ejemplo, para don Jorge Streeter, el bien jurídico tutelado es por un lado la libertad del sujeto que se ejerce en condiciones de mercado equitativas y por otro la autonomía de la libertad dentro del ámbito de la actividad económica⁶⁹, situando al DL 211 bajo lo proscrito por el artículo N°21 de la Constitución Política de la República. Por otro lado, el profesor Domingo Valdés manifiesta que el DL 211 se limita a simplemente mencionar, mas no explicar, el bien jurídico protegido por dicho cuerpo legal, por lo que habría que recurrir a la doctrina y jurisprudencia disponible para comprenderlo de manera correcta, concluyendo luego, que la libre competencia, como bien jurídico vendría a ser “la eficacia defendida dentro de un ámbito determinado y en un mercado relevante, debiendo buscarse la protección ante las acciones destinadas a destruir dicha eficacia, evitando los monopolios”⁷⁰.

En el Mensaje del Presidente de la República del proyecto orientado a fortalecer a la Fiscalía Nacional Económica, de 1997, el Ejecutivo manifiesta que la doctrina entiende que la libre competencia es un aspecto de la libertad económica, por lo que el bien jurídico protegido no sería la libertad del consumidor ni la del

⁶⁹ STREETER PRIETO, Jorge. “Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia”. Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner. Stgo. 2001.

⁷⁰ VALDÉS, Domingo. “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico”. Ed. Jurídica Consur. Chile, 1992.

vendedor, ni tampoco evitar el perjuicio del mercado, sino que sería el amparar la igualdad jurídica de los competidores⁷¹.

Posteriormente, el debate respecto al bien jurídico protegido por el DL 211 parece dilucidarse a través del Mensaje contenido en el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que establece que “la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en si misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por ende, el bienestar de los consumidores”⁷².

Finalmente, la modificación realizada al artículo primero del DL 211 a través de la Ley 19.911 viene a poner fin al debate en cuestión estableciendo que el DL 211 tiene por fin promover y defender la libre competencia en los mercados, de lo que se desprenden por un lado 2 verbos rectores (promover y defender) y su ámbito (los mercado). Sin embargo el posterior Tratado de Libre Comercio suscrito entre nuestro país y los Estados Unidos de Norteamérica introdujo una cláusula que no entrega a los tribunales de cada país la determinación del contenido sobre el bien jurídico en cuestión –mediante su artículo 16- que establece que “cada parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”, con lo que podríamos decir que se produce un acercamiento a lo señalado -y ya citado- por el Ejecutivo como bien jurídico protegido por el DL 211, puesto que si bien el DL 211 no hace referencia a la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores como fin, no se puede desconocer lo proscribido por el Tratado recién enunciado, por lo que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá siempre interpretar las cuestiones que se susciten dentro de su esfera a la luz de lo contemplado en el TLC con los E.E.U.U. de Norteamérica.

6.4.2 Estructura del DL 211.

⁷¹ Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que Fortalece la Fiscalía Nacional Económica, N° 29-336. Boletín N° 2105-03. 1997.

⁷² Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Mensaje N°132-346. Boletín N°2944-03. 2002.

En primer lugar, el DL 211, en su artículo 1º y de acuerdo a lo que ya señalamos, establece que dicho cuerpo tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados sin definir lo que se debe entender por libre competencia y dejando –como ya mencionamos- la puerta abierta para que sea el TDLC el encargado de interpretar dicho concepto.

A través de su artículo segundo, el DL 211 contempla los órganos llamados a defender la Libre Competencia y que son por un lado la Fiscalía Nacional Económica y por otro el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Su artículo tercero entrega un catálogo de conductas que se deben entender como atentatorias contra la Libre Competencia que no debe ser entendido como taxativo, pues en su tenor literal contiene la expresión “entre otros” que deja la puerta abierta para que conductas no descritas en ese tipo puedan ser consideradas como contrarias a la Libre Competencia. Dentro de las que se contemplan en el recién citado artículo podemos encontrar entre otras:

-Los acuerdos, ya sean expresos o tácitos, realizados entre los competidores o las prácticas concertadas entre ellos orientadas a conferirles poder de mercado a través de la fijación de precios u otras condiciones de comercialización, asignación de cuotas de mercado o limitar la producción.

-La explotación abusiva por parte de uno o más agentes económicos de una posición dominante dentro del mercado a través de la fijación de precios, imposiciones de ventas de otros productos o asignaciones de cuotas de mercados.

-Las prácticas predatorias o de competencia desleal realizadas con el fin de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante dentro del mercado.

Según lo prescrito por el artículo 5º del DL 211, el TDLC es un órgano jurisdiccional especial e independiente que se encuentra sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema orientado a prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Los artículos 6 y siguientes del DL 211 se orientan a la composición, nombramiento y ejercicio del cargo de los funcionarios miembros de este además de los procedimientos, facultades y funciones que le competen.

El título III del DL 211 habla acerca de la Fiscalía Nacional Económica, que de acuerdo al artículo 33 del cuerpo legal en cuestión corresponde a un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo y que se encuentra bajo la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En sus artículos siguientes, el DL 211 se encarga de desarrollar lo referente a la organización de la FNE, su estructura y las remuneraciones de sus funcionarios, hasta llegar a aquellas disposiciones que suscitan algo de controversia y que hacen referencia a las potestades inspectoras de la FNE.

En primer lugar, cabe analizar la potestad de inspección en materia económica que posee la FNE, pues es lógico que con los avances de nuestra sociedad, y encontrándonos en una sociedad de riesgos, el Estado busque transformarse de un ente que busque evitar los daños a un ente que prevenga los riesgos, lo que conlleva a la implementación de métodos investigativos más acuciosos que podrían entrar en conflicto con garantías y principios generales de nuestra legislación, como por ejemplo la interceptación de comunicaciones.

La principal función de la FNE es la de investigar las infracciones que se cometan al DL 211 para luego requerir ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la represión de las conductas contrarias a la libre competencia. Para ello, la FNE posee 3 principales fuentes de información contenidas en el artículo 39 del DL 211: La Policía de Investigaciones, la información obtenida de órganos de la Administración y la información obtenida por los particulares.

La forma que posee la FNE para obtener información en sus investigaciones está contenida también en el artículo 39 del DL 211, que en su letra g) la habilita para requerir de cualquier organismo o servicio público, municipalidad, empresa del Estado, etc. que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones que se encuentre practicando. Además, la letra h) del mismo artículo permite a la Fiscalía Nacional Económica solicitar a los particulares la información y los antecedentes que estime como necesarios para las investigaciones que practique. Vale destacar que luego del mediático caso de colusión de precio de las farmacias, se modificó el DL 211 y se le otorgaron nuevas

facultades a la FNE, dentro de las cuales podemos mencionar el entrar a recintos públicos o privados; registrar e incautar objetos y documentos; autorizar la interceptación de comunicaciones y ordenar la facilitación de copias y registros a las empresas que presten servicios de comunicaciones siempre y cuando se trate de casos graves y calificados y se cuente con la aprobación del TDLC.

Otro límite impuesto a la Fiscalía Nacional Económica, guarda relación con la obligación a guardar secreto por parte de los funcionarios o personas que presten servicios en ella en lo relativo a los datos, informaciones o antecedentes que puedan imponerse con motivo del ejercicio de sus funciones.

Cabe mencionar también, que por lo delicadas de las funciones del FNE, esta se encuentra regida por la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, con lo que se entiende que se garantiza seguridad y resguardo a las personas una vez que la FNE ha ingresado en la esfera privada de los sujetos investigados⁷³, lo que se traduce en que la investigación deberá constar en actas escritas o por medios electrónicos⁷⁴.

Para concluir el presente capítulo, estimamos pertinente dar a conocer algunas limitaciones que en lo referente al requerimiento y manejo de información sensible por parte de la FNE le ha impuesto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentando precedentes para generar un criterio unificado en pos de por un lado defender la libre competencia y por otro asegurar el respeto a los derechos y garantías de los sujetos.

1- La Información que se requiera a los particulares debe ser la información estrictamente necesaria para que la FNE cumpla con su labor. Posee su antecedente en la Resolución del TDLC en “Solicitud de Corpbanca”, “Solicitud de la Polar” y “Solicitud del Banco BICE” entre otras.

⁷³ Así lo determina una resolución Intermedia dictada respecto al Requerimiento de la FNE contra la Isapre ING S.A y otros (Rol 77/2005), en el que se establece que “la FNE es un órgano del Estado, por lo que dispone de todas las facultades contenidas en el artículo 39 del DL 211, las que se encuentran sujetas, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho cuerpo legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la Ley 19.880”.

⁷⁴ De acuerdo a lo estipulado en el artículo 5° de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

2- Debe evitarse el uso indebido de la información, en especial en lo referente a secretos comerciales o industriales asegurándose de que esta no sea exhibida para llegar a manos de los competidores, debiendo tomar el resguardo necesario para que dicha información no se filtre. Así lo estableció el TDLC en su resolución respecto al caso “Solicitud de ENTEL PCS” el 29 de enero del año 2007.

3- Respecto a la información que emana de terceros y que cuenta con protección por cláusulas de confidencialidad, el TDLC ha determinado⁷⁵ que dicha información debe pedirse exclusivamente al ente del que emana, no pudiendo requerir información a empresas encargadas de procesarla.

4- El destino de los documentos puede ser cualquiera de estos 3: La inclusión de ellos en el expediente siempre y cuando guarden relación con la investigación en curso; La devolución de los documentos a los remitentes en aquellos casos que se trate de documentos que no guarden relación con la investigación en curso: y la destrucción de los documentos que no quepan dentro de alguna de las categorías anterior luego de haberlos examinados⁷⁶, pese a lo cual, a modo de anécdota, no se pudo dar con ningún caso en que la FNE haya optado por la devolución de los documentos o la notificación de destrucción de los mismos.

Como es razonable desprender de lo recién mencionado, la regulación de la libre competencia del mercado compone otra arista del “retorno al derecho público” que plantea como contrapartida la Nueva Gestión Pública ya que nuevamente nos encontramos frente a ámbitos cuya regulación otrora pertenecía al mundo privado pero que por su relevancia dentro del colectivo ciudadano de nuestro país ha sido merecedor de una regulación e intervención por parte de la Administración del Estado, lo que según nuestra opinión corresponde a un fortalecimiento y desarrollo de la rama correspondiente al Derecho Público más que una verdadera vuelta a ámbitos que en primera instancia fueron regulador por el Estado y que luego pasaron a manos de los privados para finalmente volver el Estado a regularlos.

⁷⁵ Resolución en “Solicitud de AC Nielsen Chile Ltda. II”.

⁷⁶ Resolución del TDLC en “Solicitud de Yamaimport Limitada” del 16 de junio de 2006.

CAPÍTULO 7: Control de los Actos Administrativos del Estado.

El control de la administración del Estado constituye uno de los rasgos esenciales de un Estado de Derecho, ya que posibilita la vigencia pragmática de los principios inherentes al mismo. Es a través de una correcta aplicación de este control que rigen plenamente los principios de supremacía constitucional, separación de poderes, legalidad y subsidiariedad del Estado, entre otros. Por lo demás, “Existe una relación inmanente entre el efecto directo e inmediato de la Constitución y los controles, pues son ellos los que posibilitan el carácter vinculante de la norma constitucional. Lo anterior significa que en el marco del Estado de derecho, como Estado constitucional, existe un nexo indisoluble entre Constitución y control.”⁷⁷ La actividad de control de la administración del Estado se caracteriza por ser una actividad dependiente de los órganos de autoridad que no tiene existencia por sí misma. Esta actividad consiste en la verificación de lo obrado en comparación con la decisión alcanzada por la autoridad, analizando la correspondencia entre ambas. En la práctica lo anterior se traduce en la instrumentalización de la actividad de control que sirve por una parte, para hacer efectivo el ámbito de actuación de las autoridades; y por la otra, para concretizarlo limitando su poder. Mediante esto se cumple con el precepto contenido en el primer capítulo de la Constitución Política de la República llamado “Bases de la Institucionalidad” en cuyos artículos 6º y 7º dispone respectivamente: “Los órganos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...” y “Los órganos del estado actuarán validamente [...] dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. De los artículos antes citados se desprende la importancia de los diferentes mecanismos de control de la administración que existen en nuestro país ya que “solo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y solo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.”⁷⁸

Para reafirmar la idea anterior la Carta Fundamental de 1980 en su artículo 6º inciso segundo al fijar su ámbito de aplicación dispone: “Los preceptos de esta

⁷⁷ JINESTA LOBOS, Ernesto. El Control Jurisdiccional de la Administración Pública. Revista Judicial. Costa Rica. Año XX (63):98, septiembre 1997.

⁷⁸ JINESTA LOBOS, Op. Cit, pág. 98.

Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.” Esta norma sujeta a todo grupo social y actividad al marco institucional que regula la Constitución Política, siendo por lo mismo, todos los anteriores potenciales sujetos del control que las leyes dictadas en conformidad a la Carta Fundamental dispongan. Esto tiene particular relevancia en cuanto a la publicitación de diversos espacios que con antelación se consideraban privados. Ejemplos de esto último son la extensión de los principios de transparencia al ámbitos de los mercados, el desarrollo de la legislación anti monopólica, la regulación de los gobiernos corporativos, la amplia aplicación de ciertos artículos de la ley de mercado público, etc. Estamos entonces en presencia de un fenómeno que se concretiza a través de la dictación de normas que trabajan propendiendo a la unidad del sistema jurídico chileno mediante la aplicación de reglas y principios consagrados constitucionalmente a determinadas entidades, actividades y materias que por sus características y relevancia no podían quedar fuera del ámbito de control jurídico de su actividad; aun cuando algunas de ellas hayan salido de la administración “formal” del Estado en un determinado momento histórico, respondiendo al proceso de “huida del derecho administrativo” que ya tratamos, cuando se pensó que aquello potenciaría su eficacia y eficiencia.

Con respecto a la sujeción de todos los órganos del Estado a la Constitución Política, debemos referirnos especialmente a los tres poderes del Estado: Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo, los que deben actuar dentro del límite de la competencia fundamental del Estado sin poder involucrarse en la autodeterminación de las personas o la autorregulación de la sociedad; actuando además, como ya hemos dicho, por estricta aplicación del citado artículo 7º de la Carta Fundamental, dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos señala la Constitución, lo que implica que deben respetar a su vez, el límite de las competencias atribuidas por ley a los demás órganos estatales. Vemos así que el Estado constitucional moderno de funciones claramente separadas establece también tres diversos medios de control de la Administración del Estado, uno ejercido por cada uno de estos poderes, materia que desarrollaremos a continuación.

7.1 Control Político o Parlamentario de la Administración del Estado.

Como ya hemos vistos, tanto este medio de control, como los demás que desarrollaremos en el presente capítulo, responden al principio de separación de poderes y de control inter poderes. De no existir un mecanismo de control parlamentario de los gobernantes nuestro sistema político no podría calificarse de democrático. Así vemos que “al diseñar un gobierno que debe ser administrado por hombres sobre otros hombres, primero se debe capacitar al gobierno para que controle a los gobernados. Pero a continuación deben generarse mecanismo para controlar el poder del gobierno.”⁷⁹ Controlar las esferas de poder por tanto, forma parte de las labores encomendadas al Poder Legislativo en un régimen presidencial, las otras funciones encomendadas a esta facción son: representar al electorado y legislar.

El control político o parlamentario de la administración del Estado que se encuentra actualmente radicado en el Congreso Nacional, particularmente en la Cámara de Diputados responde a dos paradigmas: el control político sanción o autorización y el control político cognición e inspección. El primero de estos está asociado a la responsabilidad política directa, mientras el segundo a la responsabilidad política indirecta y a la formación de la opinión pública. Lo anterior se debe al grado de espectacularidad que alcanzan las denuncias en esta sede.

Este control cuenta con consagración constitucional y ha sido reformulado a través de la Ley N° 20.050 del 26 de agosto de 2005 que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Mediante esta ley “...se perfecciona el sistema de control político, para evitar excesos de poder de un gobierno que sigue siendo extremadamente autónomo y poderoso”⁸⁰, en opinión del Diputado Zarko Luksic Sandoval en la discusión de sala del segundo trámite constitucional de la referida ley. A mayor abundamiento, en la

⁷⁹ LIBERTAD Y DESARROLLO. Temas Públicos. Acusación Constitucional mecanismos de control y contrapeso [en línea] <[http://164.77.202.58/tyd/controls/neochannels/neo_ch3864/deploy/tp867constitucional\[1\].pdf](http://164.77.202.58/tyd/controls/neochannels/neo_ch3864/deploy/tp867constitucional[1].pdf)> [consulta: 8 de junio de 2011]

⁸⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.050 Modifica la composición y atribuciones del Congreso, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. [en línea] <http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20050/HL20050.pdf>. [consulta: 30 de mayo 2011].

misma instancia, se enfatiza la necesidad de regular la “potestad fiscalizadora” de la Cámara de Diputados, en el sentido de que esta ha sido fundamental, pero que hasta ese momento había constituido una práctica perniciosa para el prestigio de la misma al no estar regulada. Por lo mismo, por medio de la reforma introducida a esta materia mediante la referida ley es que se pretendió establecer en forma clara y precisa las facultades fiscalizadoras de la Cámara, incorporando la conformación de las comisiones investigadoras y la interpelación a los ministros respecto de temas específicos. A través de lo anterior se otorgó reconocimiento a esta potestad de fiscalización que es exclusiva y excluyente de la Cámara de Diputados obligando a la autoridad a actuar con mayor responsabilidad.

El control al que hacemos referencia en este apartado está consagrado en el artículo 52 de la Constitución Política de la República que establece: “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

- Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede: Adoptar acuerdos o sugerir observaciones con el voto de la mayoría de los diputados presentes [...] cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno.
- Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas con el ejercicio de su cargo. [...] La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación, y
- Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a los menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno [...]”.

La Carta Fundamental establece entonces claras formas a través de las cuales el Congreso Nacional, y específicamente, la Cámara de Diputados, pueden controlar y limitar el poder del Ejecutivo, asegurando que este se someta al principio de legalidad, estas medidas de control son las siguientes.

7.1.1 Solicitudes de Información.

Este mecanismo de control se encuentra establecido en los artículos 9º, 9º A y 10º de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; y en el Libro Tercero del Reglamento de la Cámara de Diputados, Títulos I y II, artículos 293 a 296. De acuerdo a lo establecido en la LOCCN los organismos de la administración del Estado y las entidades en que éste participe o tenga representación, que no formen parte de su administración y que no desarrollen actividades empresariales, deberán presentar los informes y antecedentes que les sean solicitados por parte de las comisiones o parlamentarios individualizados en Sala o de comisión. Los informes y antecedentes solicitados serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad a la comisión o parlamentario a través del ministro del que dicha institución dependa o mediante la cual se relacione con el Ejecutivo. Los documentos y antecedentes entregados se mantendrán en reserva o secreto y el ministro solo los entregará a la comisión o Cámara, según corresponda, en la sesión secreta que para tales efectos se celebre.

Los órganos de la administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras están exceptuados de la obligación de proporcionar la información que la Cámara o los parlamentarios soliciten si la revelación de la misma, aun en secreto, pudiere afectar o perjudicar el desarrollo de una investigación en curso.

Se encuentran afectas a la obligación de otorgar la información solicitada por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala, o comisión, también las empresas públicas, las del Estado y las sociedades en que este tenga aportes o participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, mas no estarán obligadas a entregar informes o antecedentes cuando estos se refieran a hechos o antecedentes que tengan el carácter de reservados según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores; cuando contengan información sujeta al deber de reserva establecido en el artículo 43 y en el 54 inciso tercero de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas; y cuando los documentos, datos o informes solicitados hayan sido declarados por una ley de quórum calificado como reservados o secretos, según lo dispuesto en el artículo 8º de la Carta Fundamental. Con todo, pueden las comisiones o los parlamentarios insistir en la

entrega de la información y en este caso la entidad estará obligada a proporcionarla, salvo si recurre a la Contraloría General de la República, para que esta solicite un informe a la Superintendencia de Valores y Seguros y luego resuelva si concurre o no alguna de las causales señaladas. Si el informe emitido por la Superintendencia da cuenta de que la negativa de entregar la información por parte de la empresa no se encuentra amparada por las causales que establece el mismo artículo 9º A de la LOCCN la Contraloría fijará un plazo para la entrega de los antecedentes solicitados.

La autoridad responsable de proporcionar la información solicitada por las comisiones o parlamentarios individualizados en sala o en comisión es el Jefe Superior del servicio requerido. La infracción de la obligación de proporcionar la información será sancionada previo procedimiento administrativo que corresponda por la Contraloría General de la República con una multa de hasta una remuneración mensual. La reincidencia será sancionada con una multa equivalente al doble de la indicada. Será igualmente sancionado por su falta de comparecencia o por la de los funcionarios a su cargo a la citación de una comisión de alguna de la Cámaras.

De acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Cámara de Diputados, son competentes para solicitar la información a la que se refiere el artículo 9º de la LOCCN, las Comisiones permanentes, las Comisiones especiales y las investigadoras, la Oficina de Informaciones y la Secretaria de la Cámara de Diputados. También podrá solicitar información cualquier diputado, en el tiempo destinado a los Incidentes.

7.1.2 Comisiones Investigadoras

Como dijimos anteriormente la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados se ha visto reforzada por la consagración y reconocimiento constitucional de las comisiones investigadoras, que son organismos colegiados de carácter

transitorio, creadas por acuerdo de la Cámara de Diputados y con la competencia que esta facción del Congreso Nacional le fije en los acuerdos que decidan su constitución, la que ni aun por acuerdo unánime de sus integrantes podrá extenderse a materias no contenidas en dichos acuerdos. Estas comisiones son creadas con el objeto de reunir antecedentes sobre determinados actos de gobierno y su competencia para realizar la investigación encomendada durará hasta el vencimiento del plazo que para dichos efectos les haya fijado la Cámara, sin embargo, éste periodo podrá ser prorrogado o renovado por la Sala, siempre que dicha ampliación cuente con el voto de la mayoría absoluta de los Diputados presentes y sea solicitada dentro del plazo de vigencia de la comisión.

Estas comisiones consideran, dentro de los mecanismos utilizados para recabar los antecedentes que la Cámara de Diputados requiera, los siguientes: la comparecencia de Ministros de Estado en el caso de que sus exposiciones se consideren necesarias para esclarecer irregularidades en el funcionamiento de los servicios de su dependencia y para responder a las observaciones que los Diputados le formulen al respecto; Esta citación podrá ser formulada respecto de varios Ministros de Estado, para efectos de que presten sus declaraciones en forma separada, sucesiva o conjuntamente en una misma sesión en caso de ser necesario para el éxito de la investigación y según lo haya acordado la Comisión. Podrá citar además a otros funcionarios públicos, al personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria a proporcionar los antecedentes que se estimen necesarios para el cumplimiento del cometido de la Comisión. También se podrá citar a declarar a particulares con el voto favorable de las tres cuartas partes de la Comisión para que declaren sobre determinados hechos y proporcionen los antecedentes que tengan en relación con la investigación. La persona citada a comparecer ante la Comisión Investigadora podrá asistir acompañada de un asesor, éste no podrá hacer uso de la palabra para responder por el compareciente, ni para aclarar sus dichos. Su participación se limitará a proporcionarle los antecedentes o documentos que sea necesarios para prestar su declaración, salvo que la Comisión acuerde su participación en otra forma. La forma en que estos deben comparecer o entregar los antecedentes que les fueran requeridos se encuentra precisada claramente en el Reglamento de la Cámara de Diputados en sus artículos 297 a 300.

El informe evacuado por la Comisión Investigadora debe contener, la competencia de la Comisión, de acuerdo a los límites establecidos por los acuerdos de la Cámara que ordenaron su constitución, una relación del trabajo desarrollado por la Comisión en el cumplimiento de su cometido, lo sustancial y pertinente de los antecedentes recabados y de las declaraciones obtenidas en el desarrollo de la investigación, las consideraciones que sirvan de base a las conclusiones o proposiciones rechazadas por la Comisión y aquellas que sirvan de base a las conclusiones o proposiciones que resulten aprobadas por la misma, los fundamentos que justifiquen el envío o no del informe o de los antecedentes reunidos mediante la investigación a los Tribunales de Justicia, a la Contraloría General de la República o al Consejo de Defensa del Estado según corresponda.

Los Diputados, en el ejercicio de su potestad fiscalizadora, tiene el derecho a no revelar las fuentes de la información obtenida y que de inicio o justifique la creación de una Comisión Investigadora, en el ejercicio de este derecho podrán negarse a declarar sobre los hechos que ellos hayan denunciado como constitutivos de un acto irregular del gobierno.

7.1.3 Interpelaciones a Ministros

La Constitución Política de la República, a partir de las modificaciones incorporadas mediante la Ley N° 20.050, ha instaurado como parte del control político que ejerce la Cámara de Diputados la interpelación de Ministros de Estado, esta facultad se encuentra consagrada en el artículo 52° número 1) letra b) de la Carta Fundamental y regulado en el Reglamento de la Cámara de Diputados, Título IV Bis, artículos 303 quáter, 303 quinquies, 303 sexies, 303 septies, 303 octies y 303 nonies.

La interpelación consiste en la citación de un Ministro de Estado a presentarse ante la Cámara baja para responder a una serie de preguntas que se le harán en relación con el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Un mismo Ministro o Ministra no puede ser citado para estos efectos más de tres veces en el mismo año calendario, salvo que se cuente con el acuerdo de la mayoría absoluta de los Diputados en ejercicio. Una vez citado el Ministro su asistencia será obligatoria y estará obligado a responder directa y personalmente a las preguntas

que se le formulen sobre la materia que motiva la citación. Al igual que las personas citadas a declarar ante una Comisión Investigadora, los Ministros pueden asistir acompañados por un asesor, pero este no podrá hacer el uso de la palabra.

Para citar a un Ministro de Estado a ser interrogado ante la Cámara de Diputados ésta debe enviar una solicitud indicando el cuestionario temático sobre el que versaran las preguntas que deberá responder el Ministro o Ministra, la que podrá comprender el o los documentos anexos o antecedentes que los peticionarios estimen pertinente acompañar. Esta solicitud debe ser suscrita por al menos un tercio de los Diputados en ejercicio. Después de aprobada dicha solicitud, de ella será notificado el Ministro o Ministra, personalmente o por cédula, por el Secretario General de la Cámara de Diputados o por el funcionario que éste designe, dentro de 48 horas. La sesión a la deba asistir el Ministro interpelado se celebrará dentro de los próximos 5 a 10 días de realizada la notificación, para efectos de lo anterior se podrá fijar una sesión especial.

En el pleno, el Diputado designado para interrogar al ministro debe formular sus preguntas de una en una, pudiendo hacer referencia a los antecedentes que las motivan, con todo no podrá tomarse más de tres minutos por pregunta. A su vez, el ministro deberá responder las preguntas una a una inmediatamente después de formuladas no pudiendo sus respuestas exceder los cinco minutos. De las respuestas otorgadas por el ministro se podrá pedir aclaraciones, pero estas deberán pedirse inmediatamente después de respondida la pregunta y no podrán prolongarse por más de cinco minutos cada una. Una vez concluida esta etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, los jefes de las bancadas dispondrán de hasta tres minutos cada uno para hacer precisiones sobre la materia de la convocatoria; la última en hacer sus precisiones será la bancada a la que pertenezca el Diputado designado para formular las preguntas al ministro. El ministro podrá excusarse de responder indicando el motivo, debiendo precisar la sesión en la que concurrirá a otorgar la respuesta correspondiente. Si en esta nueva sesión, el Diputado designado para formular la pregunta no se encuentra presente, se entenderá que renuncia a la pregunta formulada excusando al ministro de su respuesta. Cuando la materia sobre la que recae la pregunta sea de aquellas que la ley considera secretas, el Presidente de la Sala deberá constituir la en aquel carácter hasta que concluya la etapa de preguntas, respuesta y aclaraciones.

7.1.4 Acusación Constitucional.

Existen distintas visiones en cuanto a tratar de determinar la naturaleza jurídica de éste mecanismo de control que ejerce el Congreso Nacional: algunos autores consideran que esta es una institución constitucional de naturaleza política y administrativa, independiente del pronunciamiento jurídico que corresponda efectuar de los antecedentes ventilados en esta sede a los tribunales ordinarios de justicia. Según esta postura, el Congreso sólo juzga los aspectos políticos del asunto sometido a su conocimiento, dejando los aspectos de fondo de naturaleza litigiosa siempre al conocimiento de los tribunales de justicia. Los principales argumentos que sustentan esta posición son los siguientes: En primer lugar, este mecanismo de control está previsto para ser aplicado a los funcionarios de las más altas esferas de la jerarquía administrativa y política; además, quienes se pronuncian sobre esta acusación son ambas Cámaras del Congreso Nacional, las que constituyen órganos esencialmente políticos; por lo que en el caso de aprobarse la acusación constitucional, existe una sanción de carácter política, cual es la destitución, a consecuencia de la cual puede sobrevenir eventualmente un juicio civil o penal; y finalmente la acusación constitucional no constituye efectivamente un juicio pues ella versa exclusivamente sobre las materias que dispone la Constitución Política, de Derecho Público y de índole administrativa, y solo puede afectar a las autoridades que señala la misma Carta Fundamental. Por las razones anteriores es que quienes sustentan esta postura sostienen que a través de este mecanismo no se busca hacer efectiva la responsabilidad civil o penal de la autoridad acusada.

Otra postura es la que sostienen los profesores Verdugo, Nogueira y Pfeffer, según los cuales esta institución corresponde más bien a un juicio político y jurídico que se concreta contra autoridades o altos funcionarios públicos por actos propios de los cargos que desempeñan. Estos autores exponen que la acusación constitucional hace efectiva una responsabilidad de carácter mixta que tiene rasgos jurídicos y políticos para responder por los ilícitos constitucionales establecidos de forma taxativa en la Constitución Política, los cuales pueden estar constituidos por actos contrarios a la Carta Fundamental o las Leyes, por abusos de poder o delitos,

dependiendo de las causales específicas establecidas para cada caso. Por lo demás, la sanción prevista para el funcionario declarado culpable por el Senado es especialísima y consiste en la destitución del cargo y la inhabilidad de desempeñar una función pública, sea de elección popular o no, por el término de cinco años. Además de lo anterior, la Carta Fundamental establece que el acusado declarado culpable “será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada para el delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.”⁸¹ Siendo la acusación constitucional un procedimiento de carácter mixto, su naturaleza y objetivos están claramente diferenciados de aquellos que inspiran los procedimientos ordinarios de justicia, también es diferente la competencia para conocer de estos asuntos, que ha sido otorgada por la propia Constitución al Congreso Nacional a fin de mantener al Poder Judicial al margen de temas políticos, reafirmando el principio de separación de poderes.

A pesar de las diferencias expuestas, es posible acercar las posturas y consolidar un concepto de acusación constitucional. Esta sería una institución consagrada constitucionalmente que busca hacer efectiva la responsabilidad de las más altas autoridades del Estado, por haber cometido ilícitos señalados en la propia Constitución. El mecanismo para hacer efectiva la referida responsabilidad está a cargo tanto de la Cámara de Diputados que presentan y dan lugar a las acusaciones, como del Senado, que conoce de la acusación y decide sobre ésta actuando como jurado. La decisión de este órgano tiene carácter jurisdiccional de sentencia de única instancia, sin perjuicio de la prosecución de las responsabilidades civiles o penales que corresponda.

El régimen constitucional y legal que se aplica al procedimiento de acusación constitucional se encuentra establecido en el artículo 52° y 53° de la Constitución Política; en el Título IV de la Ley N° 18.918 Orgánica del Congreso Nacional, artículos 37 a 52; y en el Título V del Reglamento de la Cámara de Diputados, artículos 304 a 313.

⁸¹ Decreto 100. Chile. Constitución Política de la República de Chile. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 22 septiembre de 2005. 55 p.

Este proceso comienza en la Cámara de Diputados ya que ésta tiene la atribución exclusiva de declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen. Este quórum mínimo de Diputados fue establecido para evitar las acusaciones temerarias y para asegurar que estas tengan un mínimo de representatividad. El máximo, por el contrario, evita que la acusación cuente desde sus inicios con el acuerdo de la mayoría de la Cámara, garantizando un análisis prudente y un debate acorde con la seriedad de la instancia. Pueden ser objeto de una acusación constitucional las personas que taxativamente enumera el artículo 52º de la Carta Fundamental, estas son: el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los magistrados de los Tribunales superiores de justicia, el Contralor General de la República, los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las fuerzas de la Defensa Nacional y de los intendentes, gobernadores y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a los que se refiere el artículo 126 bis. Las causales que fundamentan la acusación constitucional también están taxativamente enumeradas en la Constitución y dependen de la autoridad acusada, así el Presidente de la República debe responder por los actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. La acusación en contra del Jefe de Estado puede interponerse mientras este se encuentra en funciones y dentro de los seis meses siguientes al término de su mandato. Los ministros de Estado responden ante la Cámara por los mismos actos que el Presidente de la República; además por infringir la Constitución o las leyes, o por haber dejado estas sin ejecución; y por los delitos de concusión, malversación de fondos públicos y soborno. Los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y el Contralor General de la República responden por el notable abandono de sus deberes; los generales o almirantes, por comprometer gravemente el honor o la seguridad de la Nación. Los intendentes y gobernadores deben responder por sus infracciones a la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. La acusación constitucional en contra de las autoridades restantes puede interponerse mientras estos se encuentren en funciones o dentro de los tres meses posteriores a que cesen en sus cargos.

Las acusaciones constitucionales deben formularse siempre por escrito y se tendrán por presentadas desde que se de cuenta de ellas en la Cámara de

Diputados, lo que deberá hacerse en la sesión mas cercana que ésta celebre. Para darle curso a una acusación debe elegirse entre los diputados, con excepción de él o los acusadores y de los miembros de la mesa, a una comisión de cinco que informe si procede o no la acusación. El acusado debe ser notificado dentro del tercer día desde que se de cuenta de la acusación, personalmente o por cédula por el Secretario de la Cámara. El afectado podrá, dentro de los diez días siguientes a la notificación concurrir a la comisión a hacer su defensa, la que podrá presentar personalmente o por escrito. Interpuesta la acusación, el afectado no podrá ausentarse del país sin contar con el permiso de la Cámara y en ningún caso podrá hacerlo si la acusación en su contra se encuentra aprobada. La no comparecencia del acusado o su silencio, tiene el efecto de que se proceda con la acusación sin su defensa. Desde la comparecencia del afectado o desde que se decida proceder sin su defensa la comisión cuenta con un plazo de seis días para estudiar la acusación y pronunciarse sobre ella, la comisión debe dentro de este plazo evacuar un informe, el que deberá contener al menos una relación de las actuaciones y diligencias realizadas por la comisión; una síntesis de la acusación, de los hechos que le sirvan de base y de los delitos, infracciones o abusos de poder que se imputen en ella; una relación de la defensa de el o los acusados si la hubiere, un examen de los hechos y de las consideraciones de derecho, y la o las consideraciones adoptadas por la comisión.

En atención de la acusación, la Cámara deberá sesionar durante los seis días siguientes a la comparecencia de afectado o a la decisión de proseguir sin su defensa, sesiones a las cuales el acusado se entenderá citado de pleno derecho en razón de la notificación de la acusación. El acusado podrá interponer, a modo de cuestión previa, el hecho de que la acusación no cumple con los requisitos que la Carta Fundamental establece. La Cámara resolverá esta cuestión previa por la mayoría de los diputados presentes, después de oír a los miembros de la comisión informante. De ser acogida esta cuestión previa, la acusación se tendrá por no interpuesta. Si se rechaza la cuestión previa en cambio, no podrá renovarse la discusión acerca de la improcedencia de la acusación.

De continuarse con la acusación se procederá del siguiente modo: si el informe evacuado por la comisión recomienda aprobar la acusación se dará la palabra al diputado que se haya designado para sostenerla, después se procederá

a oír al afectado o a leer la defensa enviada por este. Si por el contrario, el informe recomienda rechazar la acusación se dará la palabra a un diputado que la sostenga y después podrá contestar el afectado o un diputado partidario de que esta sea desechada.

En la última sesión celebrada en la Cámara para conocer de la acusación constitucional se votará su admisibilidad, dicha sesión no podrá levantarse a menos que la acusación se acepte o deseche. En caso de ser aceptada, en la misma instancia se formará una comisión compuesta por tres diputados para que formalicen la acusación y la prosigan ante el Senado. De la aceptación de la acusación la Cámara de Diputados deberá informar al Senado y al acusado, dentro de las veinticuatro horas siguientes al cierre de la sesión en que ello acontezca.

Puesto en conocimiento del Senado el hecho de que la Cámara de Diputados ha dado curso a una acusación constitucional debe éste proceder a fijar el día en que comenzará a conocer de ella. Este día no podrá ser inferior al cuatro ni superior al sexto, ambos inclusive, que sigan de aquel en que se haya dado cuenta al Senado de la acusación. A partir del día fijado para comenzar a conocer de la acusación el Senado quedará citado, por el solo ministerio de la ley, a sesiones diarias extraordinarias hasta que se pronuncie sobre la acusación. Tanto el acusado como la comisión integrada por tres diputados a que hemos hecho referencia quedaran citados a cada una de las sesiones que el Senado celebre para conocer de la acusación constitucional.

Los capítulos de la acusación se votaran en el Senado por separado, entendiéndose por capítulo el conjunto de hechos específicos que en opinión de la Cámara constituyan cada una de las infracciones, delitos o abusos de poder que según la Constitución autorizan a interponerla. De los resultados de las votaciones se comunicará al acusado, a la Cámara de Diputados y, según corresponda, al Presidente de la República, si perjuicio de lo anterior, se remitirán todos los antecedentes al tribunal ordinario de justicia que resulte competente para conocer de las responsabilidades civiles o penales a que los antecedentes ventilados en esta sede hayan dado lugar.

7.2 Control Administrativo de la Administración del Estado

El control administrativo de la administración del Estado admite su clasificación en dos tipos de control: el control interno y el control externo, atendiendo al órgano que lo ejerce. Así el control interno será ejercido por una unidad dentro del órgano que emite la Resolución, Decreto o Decreto Ley y el control externo será ejercido por la Contraloría General de la República. Si bien en este trabajo nos centraremos en el control externo que, como hemos establecido, realiza la Contraloría, estimamos pertinente referirnos al control interno que realizan los órganos de la Administración del Estado ya que esta forma igualmente parte del conjunto de procedimientos que componen el control de la administración.

El control interno de la administración del Estado es aquel que realiza una unidad integrante de la entidad emisora del acto; su finalidad es la de contrastar el acto con las normas públicas que correspondan y con las necesidades de gestión de dicho órgano, verificando su plena concordancia con aquellas y con las políticas e instrucciones impartidas por las autoridades superiores de la organización o por el Ministerio a través del cual se relaciona con el Ejecutivo. Esta actividad está definida por la Contraloría como la fiscalización que por vía jerárquica y con sus propios medios, realiza cada servicio, con el fin de adecuar su actividad a las normas vigentes y a las condiciones de eficiencia que técnicamente sean exigibles de acuerdo con sus modalidades de funcionamiento⁸². Para materializar este medio de control es que a mediados de los años 90 comenzaron a crearse en todos los servicios públicos unidades de auditoría interna, dependientes del Jefe Superior del servicio respectivo y encargadas de velar por la legalidad financiero contable del servicio a que pertenecen. Como complemento de la actividad llevada a cabo por las unidades de auditoría se crearon también unidades jurídicas o unidades de fiscalía, que son las llamadas a controlar la sujeción a las normas legales vigentes, en todo acto emanado del órgano de la administración los que, por lo general, serán redactados por los integrantes de estas unidades. Los jefes de esta unidad serán considerados funcionarios de exclusiva confianza del Jefe del Servicio respectivo.

⁸² Cfr. Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.012 de 1969

Por otro lado –y tal como lo mencionamos con anterioridad- el control externo de la administración del Estado está encomendado a la Contraloría General de la República, organismo autónomo consagrado en el Capítulo X artículo 98 a 100 de la Carta Fundamental, llamado a “ejercer el control de la legalidad de los actos de la administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.”⁸³ Para complementar lo anterior la Constitución Política dispone que para el ejercicio de esta prerrogativa “el Contralor General tomara razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer...”. El trámite de toma de razón de los decretos y resoluciones que en conformidad a la ley deban tramitarse por la Contraloría; y la facultad de representar la ilegalidad de los actos de la administración, son, por tanto, los instrumentos con los que cuenta esta entidad para ejercer su labor fiscalizadora. A su respecto podemos decir que el trámite de toma de razón resulta esencial para la mantención del Estado de Derecho y el resguardo del patrimonio público, ya que impide que lleguen a producir efectos los actos de la autoridad que lesionen derechos fundamentales de las personas, o actos irregulares de la Administración que comprometan recursos fiscales.

La toma de razón se define por la doctrina como un “control jurídico previo, general y obligatorio, de la legalidad y constitucionalidad de los Decretos, Decretos con Fuerza de Ley (DFL) y Resoluciones que realiza la Contraloría General de la República”⁸⁴. Dado su carácter general, solo se excluyen de este trámite las instrucciones, oficios, órdenes ministeriales o dictámenes que no revistan el carácter de resoluciones o decretos; aquellos actos de la administración exentos en virtud de leyes especiales, como es el caso del artículo 53 inciso primero de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, o el artículo 43 inciso final de la Ley de Transparencia que exime del trámite de toma de razón a las resoluciones del Consejo para la Transparencia; y aquellos actos a los que se refiere la Resolución N° 1600 del 30 de octubre de 2008 de la Contraloría General de la República que

⁸³ Decreto 100. Chile. Constitución Política de la República de Chile. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 22 septiembre de 2005. 97 p.

⁸⁴ Consorcio para la Reforma del Estado. Un mejor Estado para Chile. Planificación, control y evaluación de la acción del Estado. Control de legalidad y procedimiento de toma de razón [en línea] Santiago, Chile. Rajevic, Enrique y Garcés María Fernanda. <http://www.reformadelestado.cl/media/archivos/20100114114048.pdf> [consulta: 31 de mayo, 2011]

fija las normas sobre exención del trámite de toma de razón. Dicha resolución reformula las normas sobre toma de razón considerando que a éste trámite se sujetarán siempre los decretos dictados por el Presidente de la República, así como los demás que señale expresamente una ley. En palabras del órgano contralor: “una correcta gestión de las potestades de control obliga por una parte a concretar el control preventivo de juridicidad en los actos sobre materias que, en la actualidad, se consideran esenciales, a fin de favorecer su oportunidad, y por otra, simultáneamente a rediseñar y reforzar los programas de fiscalización y de control posterior, de manera de comprender en estos las materias exentas de toma de razón en forma a la vez selectiva y rigurosa”⁸⁵. Esta resolución, dictada en conformidad con el artículo 10, incisos quinto y sexto de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República⁸⁶, exime a los actos referidos a materias no consideradas esenciales, siguiendo el espíritu expresado en los considerandos de la misma.

El procedimiento de toma de razón se concreta a través de las siguientes actitudes que puede adoptar el órgano contralor:

- Tomar razón. Decisión materializada a través del timbrado del Decreto, Decreto con Fuerza de Ley o Resolución, que dice: “Contraloría General de la República-Tomado de Razón”.

⁸⁵ Contraloría General de la República. Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón. Santiago, Chile, 2008.

⁸⁶ Ley N° 10.336, artículo 10 inciso 5: “No obstante, el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales. Tratándose de decretos supremos, la exención sólo podrá referirse a decretos firmados "por orden del Presidente de la República". Esta exención podrá ser concedida por plazos determinados y dejada sin efecto por el Contralor, de oficio o a petición del Presidente de la República, según sea el uso que se haga de tal liberalidad.”

Ley N° 10.336, artículo 10 inciso 6: “La resolución del Contralor deberá ser fundada y en ella se fijarán las modalidades por las cuales se fiscalice la legalidad de dichos decretos o resoluciones y, además, deberá dar cuenta a la Cámara de Diputados, cada vez que haga uso de esta facultad, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de la República.

- Tomar razón con alcance. La Contraloría añade a la toma de razón una observación sobre el contenido del acto llamada “alcance”, que puede rectificar o complementar el acto y cuya interpretación y aplicación debe ser respetada.
- Representar el acto. Negarse a tomar razón por calificar el acto como ilegal o inconstitucional. En este caso el Jefe de Estado puede valerse del Decreto de Insistencia establecido en el artículo 99 de la Constitución Política de la República, para lo cual requiere la firma de todos sus ministros. Sin embargo, hay ciertas materias que no admiten el uso de este recurso y que obligan al Presidente de la República a remitir los antecedentes del acto representado al Tribunal Constitucional para que éste resuelva, en el plazo de diez días, sobre su procedencia.
- Observar el acto. Esto implica señalar al órgano del cual emana el acto sus reparos en cuanto a su legalidad y constitucionalidad, abriendo espacio al dialogo, lo que puede resultar en que la Contraloría haga cambiar de opinión a la administración y esta rectifique o introduzca modificaciones al acto, o a la inversa, que el órgano contralor se desista de su interpretación otorgándole la razón a la administración y dando curso al acto.⁸⁷

Los principales efectos que produce la toma de razón son entre otros que permite proseguir con la tramitación normal del acto y que se proceda a su publicación o notificación, según si su contenido es general o particular, a fin de que surta sus efectos respecto a terceros. De acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado⁸⁸. Además, el trámite de toma de razón provoca el desasimiento de la Contraloría, la que no puede volver a conocer la materia resuelta y revocar o invalidar lo decidido para ese caso concreto.

⁸⁷ Cfr. Consorcio para la Reforma del Estado. Un mejor Estado para Chile. Planificación, control y evaluación de la acción del Estado. Control de legalidad y procedimiento de toma de razón [en línea] Santiago, Chile. Rajevic, Enrique y Garcés María Fernanda. <http://www.reformadelestado.cl/media/archivos/20100114114048.pdf> [consulta: 02 de junio, 2011]

⁸⁸ El artículo 51 inciso segundo de la Ley 19.880, al referirse a los decretos y resoluciones de los órganos de la administración del Estado dispone que: “Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general.”

Este efecto se desprende de los dictámenes N° 11.733 de 2009, N° 11.724 de 2004, N° 25.768 de 1995 y N° 30.017 de 1993⁸⁹ emitidos por el órgano contralor. En tercer lugar, este trámite reafirma la presunción de legalidad del acto, la cual puede ser desacreditada a través de una sentencia judicial que declare que el acto es ilegal o inconstitucional. Este efecto se desprende de los dictámenes N° 45.927 de 2008, N° 35.617 de 2006 y 17.799 de 1990⁹⁰ emitidos por el órgano contralor.

Lo que se controla a través de este trámite que, según la misma Constitución constituye un “ejercicio de la función de control de legalidad”, es tanto esta última, como la constitucionalidad de los actos de autoridad ya que, al disponer la Constitución Política en su artículo 99 inciso tercero que la representación que recaiga sobre “un decreto con fuerza de ley, un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional, por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución...”, posición reafirmada por la disposición contenida en el artículo 1 y 10, inciso primero de la Ley N° 10.336⁹¹ que

⁸⁹ A través de los referidos dictámenes la contraloría manifiesta que: “tal como lo ha manifestado esta Entidad Fiscalizadora en sus dictámenes N°s 30.117 de 1993, 25.768 de 1995 y 11.724 de 2004 -entre otros- y conforme lo ha entendido la doctrina administrativa, este Organismo carece de competencia para dejar sin efecto la toma de razón de un decreto o de una resolución, porque ese pronunciamiento, una vez producido, no puede ser modificado, revocado o invalidado, en razón de su particular naturaleza, siendo dable agregar que una vez que se ha cumplido con tal trámite, corresponde a la propia autoridad administrativa y no a esta Contraloría General invalidar la medida que pudiere adolecer de un vicio de ilegalidad.”

⁹⁰ En el primero de estos dictámenes la Contraloría establece el siguiente criterio: “No obsta a lo anterior, la circunstancia de que esta Contraloría General haya tomado razón de las resoluciones mediante las cuales se delegaron las referidas facultades; en relación con lo cual no cabe sino reiterar el criterio que ha sostenido su jurisprudencia, mediante los dictámenes N°s 17.799, de 1990, y 35.617, de 2006, entre otros, en el sentido de que ello las ha investido de una presunción de legalidad, que no impide la actuación posterior de este Organismo de Control en uso de sus facultades fiscalizadoras.”

⁹¹ Artículo 1 inciso primero Ley N° 10.336: La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.

Artículo 10 inciso primero Ley N° 10.336: “El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de su recepción, que el Contralor podrá prorrogar hasta por otros quince

conllea necesariamente a concluir que el órgano contralor debe verificar tanto que los actos de la administración se ajusten a las leyes, como a la Constitución.

A pesar de la generalidad establecida en los artículos citados, existen límites para el control ejercido por la Contraloría General de la República. Uno de ellos se encuentra establecido en la Ley N° 19.817 que modifica la Ley Orgánica de Contraloría, artículo 21° B que dispone: “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.”, este precepto ha llevado a parte de la doctrina a sostener que el control ejercido por éste órgano debe limitarse solo a los aspectos formales de los decretos, decretos leyes y resoluciones, criterio que ha sido, a su vez, ratificado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso según la cual: “...el control de legalidad de los actos de la Administración que la Contraloría realiza en uso de sus facultades constitucionales y legales, debe ser exclusivamente formal”⁹². Esto ha sido relacionado por la Corte Suprema, al ratificar la sentencia citada anteriormente, con el artículo 52 inciso segundo del Decreto Ley 1.263 de 1975 de Administración Financiera del Estado, cuyo texto prescribe: “La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo.” Otra de estas limitaciones a las que aludimos es la que prohíbe a la Contraloría emitir pronunciamientos sobre asuntos que son de “naturaleza litigiosa”⁹³, esto se debe a que el órgano fiscalizador, según su propia ley dispone y debido a su carácter de órgano administrativo, no puede involucrarse en materias en las que estén en juego derechos de particulares, ya que por lo general, dichas situaciones generan controversias jurídicas, las que por expresa disposición de la Constitución

días, si existiesen motivos graves y calificados, mediante resolución fundada. No obstante, deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros.

⁹² Valparaíso Sporting Club S.A., Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de agosto de 2006, confirmada por la Corte Suprema (Tercera Sala) el 2 de octubre de 2006, en Gaceta Jurídica (316/2006) pp. 61-71.

⁹³ Ley N° 10.336, artículo 6° inciso 3: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.”

Política de la República son de conocimiento exclusivo y excluyente de los Tribunales de justicia, por así establecerlo expresamente la Carta Fundamental en su artículo 76.

Los actos de la administración de Estado que se eximen de la toma de razón por parte de la Contraloría, aun deben someterse a ciertos procedimientos que tiene a acreditar tanto su legalidad como el adecuado uso de los recursos públicos. De acuerdo al artículo 13 de la Resolución 1600 de 2008 de la Contraloría General de la República “La exención de toma de razón será sin perjuicio del cumplimiento de otras medidas que disponga el Contralor General, en el ejercicio de sus atribuciones, con el objeto de controlar la legalidad de los actos de la Administración y de hacer efectivas las responsabilidades que procedan.” Entre estos otros mecanismo de control encontramos el Registro, trámite que consiste en incorporar a un registro público una relación detallada del contenido del acto administrativo de que se trate, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la citada Resolución 1600/2008 de Contraloría “Los decretos y resoluciones exentos relativos a las materias que se indican a continuación deberán enviarse en original para su registro en esta Contraloría General, dentro del plazo de 15 días contados desde la fecha de su emisión, sin perjuicio de ejecutarse de inmediato...” En general se someten a este trámite resoluciones y decretos relacionados a materias de personal, dotación y contratación a honorarios. En opinión de la jurisprudencia el registro de un decreto no constituye un control previo de legalidad de un acto administrativo, lo que no implica que estos mismos criterios puedan ser evaluados con posterioridad por el órgano contralor.

La Contraloría General de la República también se encuentra facultada por su Ley de Organización y Atribuciones a realizar auditorías, que son fiscalizaciones selectivas y *a posteriori* para, nuevamente, asegurar la legalidad de los actos administrativos y hacer efectivas las responsabilidades que procedan. Según el artículo 21° A de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría, esta puede efectuar “...auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.” A través de estas auditorías la Contraloría “... evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado...”. En general, estas auditorías

se efectúan en relación con la cuenta pública rendida por la Administración, relativa a los aspectos jurídicos, financieros, de ejecución presupuestaria, de transparencia y de probidad involucrados en la gestión anual. A través de estas auditorías se garantiza que los entes que administran los recursos públicos, rindan cuenta de sus obligaciones; se verifica la veracidad de los documentos en que éstas se sustentan; y el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a sus funcionarios, los que luego podrán dar lugar a las responsabilidades administrativas, penales o civiles que corresponda según la normativa vigente. Las normas que regulen el plazo, la forma y las modalidades en que se llevará a cabo esta facultad serán determinadas por el Contralor General de la República.

Dentro de las otras funciones acometidas por la Constitución Política de la República a la Contraloría, se cuenta la función jurídica, la cual está conformada por todas las facultades, procedimientos y trámites que hemos expuesto hasta ahora, por el motivo anterior es que, en opinión del ente contralor, la función jurídica es la principal dentro de aquellas encargadas a ésta entidad por la Carta Fundamental en pos del fortalecimiento del Estado de Derecho. Lo anterior se manifiesta en la siguiente afirmación publicada en la página web de Contraloría al referirse ésta a sus funciones: “La función principal de la Contraloría General de la República consiste en ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración: Función jurídica. Esta tarea se cumple mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la administración del Estado -dictámenes y oficios que conforman la llamada jurisprudencia administrativa- como también a través del control de las órdenes formales emanadas de la administración activa, control que puede ser preventivo, simultáneo o a futuro. En particular, el control preventivo de juridicidad se lleva a cabo mediante el trámite constitucional de la toma de razón”⁹⁴. Citando nuevamente al órgano contralor, pero esta vez en el informe que emitió al respecto del proyecto de Ley de Transparencia de la Función Pública al presidente de la comisión mixta del Congreso Nacional, al referirse a la función jurídica encomendada a Contraloría expuso: “Esta función se cumple [...]: mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la Administración del Estado –dictámenes y oficios que conforman la llamada

⁹⁴ Contraloría General de la República. Funciones [en línea] <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Menu/Nosotros/Funciones.html>> [consulta: 3 de junio 2011]

jurisprudencia administrativa-...”⁹⁵. Como vemos, esta labor es llevada a cabo, en parte, mediante la facultad otorgada por el artículo 5º inciso tercero de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, el cual establece que: “En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.”, lo que relacionado con el artículo 6º⁹⁶ de la misma ley, refleja que, mas allá de funciones estrictamente ligadas al control de la administración, la Contraloría ejerce funciones jurídicas a través de la dictación de dictámenes contemplada en su ley orgánica, de oficio o a petición de parte y que tienen la particularidad de ser de general aplicación a todos los organismos de la Administración del Estado. La función de dictaminar de la Contraloría esta constituida por su “facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de pronunciamientos jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización”⁹⁷

Esta potestad de interpretar con fuerza obligatoria las normas y actos administrativos, otorgada por la Constitución a la Contraloría, permite la creación de una doctrina administrativa que conforma un sistema de precedentes obligatorios, favoreciendo la unidad del sistema normativo a través de la interpretación consistente y uniforme, donde cada decisión contribuye a orientar a otras posteriores, haciendo de la legislación aplicable a los entes públicos un conjunto coherente, armónico y estable. Esta potestad que ayuda a fijar el sentido y alcance de las normas que se aplican a la Administración del Estado, constituye a su vez, un procedimiento especializado y expedito de resolución de conflictos, ya que a

⁹⁵ Contraloría General de la República. Gabinete del Contralor General. División Jurídica. Sobre proyecto de Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Santiago, Chile, 06 de agosto de 2007

⁹⁶ Ley N° 10.336, artículo 6º inciso primero, segundo y final: “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas. [...]

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

⁹⁷ Contraloría General de la República, op. Cit., pág. 2.

través de lo informado por Contraloría mediante sus dictámenes, pueden impugnarse actos que sobrepasen al Derecho.

Con la labor interpretativa de la Contraloría se facilita a aplicación correcta, uniforme y reiterada de las normas generales y abstractas, las que se convierten en normas específicas de conducta para la Administración del Estado, lo que constituye un gran avance en la eficiencia de los órganos del Estado y en el fortalecimiento del Estado de Derecho. Así, la labor interpretativa de la Contraloría es un excelente complemento a la labor legislativa que ejercen el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Por lo demás, un sistema jurídico basado en precedentes administrativos permite que la actuación de la Administración del Estado gane en previsibilidad, lo que afirmando la “legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes.”⁹⁸

A raíz de la independencia de este órgano, consagrada en la Carta Fundamental a través de su artículo 98 que califica a la Contraloría como “Un organismo autónomo”, la función de control de la legalidad que ha ejercido desde su creación en el año 1926 ha contribuido a que la ausencia de los Tribunales Contencioso Administrativos no haya incidido gravemente en la marcha de la institucionalidad del país. A pesar de lo anterior, debemos hacer presente que dicho control, por su naturaleza, se refiere a la etapa previa a la entrada en vigencia del acto administrativo de que se trate, que por dichas características no puede alcanzar a examinar los motivos del acto; control que implicaría analizar la legalidad del mismo después de su puesta en marcha, lo que muchas veces resultara insuficiente para cierto tipo de actos, particularmente en aquellos en que los hechos en los que se fundamentan son esenciales para justificar su existencia. Lo anterior evidencia que aun cuando la Contraloría haga una evaluación de los actos de la administración, la naturaleza de la misma hace imprescindible un control de tipo netamente jurisdiccional.

7.3 Control Jurisdiccional de la Administración del Estado

⁹⁸ Contraloría General de la República, op. Cit., pág. 3.

7.3.1 Situación de los Tribunales Contencioso Administrativos en Chile

Como ya lo hemos expuesto en el apartado anterior, dentro de los países de la región, Chile constituye una excepción a causa de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de Tribunales Contencioso Administrativos. Esta situación se origina con la Constitución Política de la República de 1925 ya que es en esta Carta Fundamental en la que, por primera vez se contemplan en forma expresa dichos tribunales.

El constituyente de 1925 a través del artículo 87 de dicho cuerpo legal establecía los tribunales administrativos para “resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas”. Claramente el propósito que subyace a la creación de la norma citada es el de afianzar el Estado de Derecho, sometiendo a la administración del Estado a una fiscalización ejercida por tribunales especializados en sus normas. Pretendía así, aplicarse en Chile cabalmente el modelo francés del Derecho Administrativo, el cual sustenta, entre otras, la existencia de una jurisdicción separada del Poder Judicial que se dedique a conocer e integrar los criterios jurídicos aplicables a la Administración del Estado mediante la aplicación del derecho que está especialmente formulado para regular su actuación.

A raíz del tenor del artículo 87 de la Constitución Política de 1925 y de la no creación, a la postre, de los Tribunales Contencioso Administrativos, se otorgó a los tribunales ordinarios de justicia un fundamento para sostener su incompetencia y falta de jurisdicción para conocer de los conflictos contencioso administrativos y controlar a la Administración del Estado, lo que ha causado problemas a nuestra institucionalidad.

Los tribunales superiores de justicia invariablemente fallaron que pronunciarse sobre la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo excedía el ámbito de su jurisdicción y competencia, comportando una invasión de los actos de otro poder público, lo que implicaría la creación de brechas en el principio de separación de poderes; concluyendo que los actos de autoridad no podían ser dejados sin efecto por la justicia ordinaria. En todo caso, aún antes de la Constitución Política de la República de 1925 se sostenía que: “en Chile no existen tribunales especiales

para lo contencioso administrativo... en perjuicio de los intereses de los ciudadanos y que los decretos del Jefe de Estado no son materia de contención ante la justicia ordinaria... por que si pudieran ser llevados al Poder Judicial, este se sustituiría al Presidente de la República, en el ejercicio de aquellas particulares facultades”. Por lo que la dictación de un artículo dedicado a la creación de tribunales que tuvieran una existencia independiente de la del Poder Judicial venia a ratificar una posición ya existente frente al tema.

Para fundamentar jurídicamente la aludida conclusión se invocaban además del citado artículo 87 de la Carta Fundamental de 1925, el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las actividades de otros poderes del Estado; y el artículo 4 de la Constitución Política de 1925 que establecía que “ninguna autoridad puede atribuirse otras facultades que las que expresamente se contemplen en las leyes”; y en la existencia del juicio político, mediante el cual podía hacerse efectiva la responsabilidad del Presidente de la República. Además del hecho de que por no haberse creado los Tribunales Contencioso Administrativos, el legislador en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconozca o vulnere sus derechos, entregó, excepcionalmente al conocimiento de la justicia ordinaria determinados asuntos que por su naturaleza y por los principios fundamentales de Derecho Público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción.

La situación descrita fue por muchos años la regla general, a la que sin embargo, se le opusieron algunas excepciones. La Ley de Municipalidades y los Códigos Tributario y Sanitario otorgaron directamente al Poder Judicial el conocimiento de algunos asuntos contencioso administrativos; otras leyes crearon tribunales administrativos especiales que conocerían de determinadas materias, y resultaba aceptable la prerrogativa del juez común de desconocer ciertos actos de la administración cuando en un litigio entre particulares una de las partes lo invocaba a su favor. La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión también sirvió para que los tribunales ordinarios conocieran de ciertos actos de la administración, fundamentalmente de los de gestión, a través del examen de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Gran parte de la actividad de la administración permaneció fuera del control judicial, las reclamaciones en contra de actos administrativos que fueran de autoridad no habían sido otorgadas al conocimiento de los Tribunales Ordinarios de Justicia, tampoco lo había sido las reclamaciones por las indemnizaciones de perjuicios que se derivaran de los mismos. Toda esta gama de actos de la administración escapaba de la aplicación de alguna jurisdicción en sentido estricto, situación que se prolongó a lo largo de décadas.

Después de la promulgación y publicación de la Constitución Política de la República de 1925 y su artículo 87, se presentaron muchos proyectos de creación de los Tribunales Contencioso Administrativo que nunca se concretaron. El más concreto de estos fue enviado al Congreso Nacional en el mes de mayo del año 1992, pero su tramitación en el Congreso se estanco; la mantención de ésta situación se debe a que la creación de una jurisdicción contencioso administrativa nunca ha formado, ni forma parte de los planes y políticas de gobierno o del parlamento.

La Constitución Política de 1980 no cambio el panorama para la jurisdicción contencioso administrativa, pero si recogió los contenidos del artículo 87 de su predecesora en el artículo 83 inciso segundo de esta nueva versión de la Carta Fundamental; y en su artículo 79 que trataba sobre el Poder Judicial. En el año 1988 con la reforma de la Constitución Política de la República se borró toda referencia a lo contencioso administrativo con las modificaciones a los artículos 38 y 79 de la carta fundamental, esta exclusión debe haberse debido a la reiteración por parte de los tribunales ordinarios de justicia de su falta de jurisdicción para conocer de lo contenciosos administrativo mientras no se establecieran los referidos tribunales especiales a que hemos hecho referencia.

Suprimida la mención a los Tribunales Contencioso Administrativos en los términos antes establecidos en el artículo 87 de la Constitución Política de la República de 1925, se abrió la posibilidad de que los tribunales ordinarios justificaran su jurisdicción para conocer de estas materias; interviniendo principalmente en aquellas materias relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado y dejando sin efecto ciertos actos administrativos bajo la figura jurídica de “acción de nulidad de Derecho Público”.

La falta de tribunales especializados para el control de los actos de autoridad emanados de la administración del Estado, si bien ha tenido consecuencias, no ha significado que en Chile el Poder Ejecutivo se encuentre fuera del alcance de las normas jurídicas ya que, si bien, como hemos dicho, no ha habido tribunales que puedan anular sus actos, ellos siempre han sido fiscalizados *ex ante* por la Contraloría General de la República, órgano al que hemos dedicado un apartado especial en este trabajo al referirnos al control administrativo de la administración del Estado.

7.3.2 Recursos Judiciales. El Recurso de Protección.

Un significativo adelanto en materia de control jurisdiccional de los actos de la Administración del Estado lo constituye el recurso de protección, creado mediante el Acta Constitucional N° 3 de 1976 y establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, que establece: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo [...] podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptara de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

Este recurso concebido como extraordinario ha sustituido en la práctica en gran medida a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que aconteció especialmente antes de que se generalizara la práctica de interponer acciones para atacar estos actos de la administración ante los tribunales ordinarios de justicia. Mediante este recurso los tribunales han ampliado el ámbito de control jurisdiccional a límites otrora insospechados, llegando incluso a ejercer en cierta medida el control sobre los actos discrecionales de la administración del Estado.

Este recurso es utilizado por lo general para recurrir en contra de los actos de la administración del Estado siendo excepcional su uso en causas en que particulares recurran en contra de particulares o en contra de una resolución de

justicia. Lo anterior en estricto rigor constituye un inadecuado uso de un procedimiento que fue claramente establecido para el resguardo de las garantías que el mismo artículo 20 de la Constitución Política enuncia, lo que en la práctica y debido a la amplia interpretación que se ha conferido al Derecho de Propiedad, ha derivado en que sea virtualmente imposible imaginar un acto de la administración que no lo afecte o vulnere en alguna medida. Las características mismas del recurso y la falta de criterios estables o jurisprudencia permanente a su respecto han provocado que los tribunales de justicia procedan a dejar sin efecto actos del Poder Ejecutivo, a ordenar a la Administración y, en general, a ejercer el control jurisdiccional de la misma.

El principal efecto que ha tenido este recurso se siente en cuanto a como ha transformado los dictámenes de la Contraloría General de la República en trámites administrativos que siempre son susceptibles del recurso en cuestión ante la Corte de Apelaciones respectiva. Lo anterior resulta especialmente gravoso si consideramos que el entre Contralor, institución esencial para el resguardo y la buena marcha de la institucionalidad haya visto limitada en forma considerable su esfera de acción.

El hecho de que se pueda recurrir de protección frente a los dictámenes emanados de la Contraloría General de la República, incluso en contra de aquellos actos de carácter sancionador en procesos de sumarios administrativos, destruye la función de la Contraloría, en cuanto esta emite cánones de interpretación de las normas que resultan aplicables a la administración del Estado. Esta emisión de pronunciamientos elaborados sobre los cimientos de unos y otros, relacionados, concordantes y congruentes entre sí constituyen un aporte invaluable para la administración y para los particulares que se relaciona con ella, ya que les permite contar con normas precisas y claras para delimitar y dirigir su actuación.

En Chile existen más de un centenar de procedimientos contencioso administrativos especiales de los cuales conocen los diversos tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales no están especializados en el conocimiento de este tipo de materias, solo para ejemplificar la diversidad de órganos y procesos que se aplican en el control de estas materias podemos sostener que de ellas conocen, por ejemplo, los jueces de letras, Corte de Apelaciones, un Ministro de

Corte de Apelaciones, un Ministro de Corte Suprema, una Sala de Corte, etc. A través de normas estatuidas en el Código Sanitario, de Aguas, en la Ley de Superintendencia de Bancos, en la Ley del Servicio Agrícola y Ganadero, en la Ley de Bases del Medio Ambiente, en la Ley de Superintendencia de Servicios Sanitarios, entre otras, todas las cuales fijan un procedimiento de reclamo contra resoluciones administrativas.

La mayoría de estos procedimientos corresponden a reclamos en contra de sanciones administrativas que deben interponerse ante tribunales que forman parte del Poder Judicial, lo que evidencia un sistema mediante el cual el legislador ha entregado competencia a la administración para aplicar sanciones cuando corresponda, estableciendo un procedimiento de reclamo para impetrar dichas sanciones ante el Poder Judicial; la ley se ha demostrado cuidadosa entonces al contemplar dichas sanciones.

Existen también en Chile algunos tribunales contencioso administrativos especiales, estos se confunden con otras entidades que corresponde más bien calificar de autoridades administrativas que resuelven recursos a través de la aplicación de sanciones administrativas. Un ejemplo de los primeros sería el Tribunal de Contratación Pública creada por la Ley 19.886 de 2003. Este es un órgano jurisdiccional especial, independiente de los órganos de Administración del Estado que se encuentra sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, aun cuando no forma parte del Poder Judicial. Un ejemplo de los segundos se encuentra en el Código Tributario que en el capítulo I del Libro III, califica al Director Regional de Impuestos Internos como tribunal cuando resuelve sobre reclamaciones a las liquidaciones practicadas a los contribuyentes por el Servicio.

Además de la ley, la jurisprudencia ha calificado como jueces especiales ejerciendo actividad jurisdiccional a autoridades de la administración que resuelven reclamos en virtud de la competencia que ha sido otorgada a ellas por medio de una ley, interpretación compartida por el Tribunal Constitucional. Lo anterior expone el nivel y alcance de la confusión que en nuestro país existe con respecto a la división entre función administrativa y jurisdiccional, que ha incluso llevado a la Corte Suprema a calificar de tal a la cancelación de la personalidad jurídica, para luego revertir dicha interpretación señalando que dicha prerrogativa se trata en

realidad de una sanción administrativa; y que en su carácter de tal no corresponde juzgarla en sede jurisdiccional.

Los problemas mas graves que se vislumbran en relación con la dispersión que presenta el control de materias contencioso administrativas dice relación con lo que hemos expuesto con respecto al Recurso de Protección y al juicio ordinario de mayor cuantía, ya que se está creando jurisprudencia causando incertidumbre de los derechos protegidos y también de la aplicación de las sanciones que regulan las normas de Derecho Administrativo. Vemos que materias como la nulidad de Derecho Público y la responsabilidad extracontractual del Estado son resueltas en sede civil aplicando criterio del Derecho Común o adoptando a la inversa, posturas extremas que perjudican la actuación legitima de la administración y los derechos de los particulares.

CAPÍTULO 8: CONCLUSIONES

Si bien creemos que a lo largo del presente trabajo las conclusiones han sido situadas a modo de comentario en la mayoría de los capítulos, nos parece pertinente dedicar un capítulo final en referencia a las mismas con el fin de sistematizar de mejor manera lo expuesto en el presente trabajo. Para ello, hemos decidido ordenar las conclusiones separándolas por temas tratados para promover así una acertada comprensión de las mismas.

8.1. Comentarios finales respecto a la “huída del Derecho Público”.

Respecto a la primera parte del presente trabajo, que trata acerca del fenómeno denominado *Huída del Derecho*, se puede extraer en primer lugar el hecho innegable de que la Nueva Gestión Pública como enfoque relativamente-nuevo de la Administración del Estado, ha propulsado una serie de reformas dentro del ámbito de la misma y que si bien corresponden en primera instancia a una extrapolación de los mecanismos típicos del mundo privado, han sabido ser implementadas de forma coherente dentro del sistema público, comprobando así que el modelo *weberiano* de Administración Pública se encuentra suficientemente preparado como para dar el paso que supone afrontar los desafíos que las nuevas tecnologías, la globalización y la interconectividad traen consigo.

Lo anterior no quiere decir bajo ningún supuesto de que el sector público debe ser tratado como una empresa o cualquier forma del mundo privado, pese a lo cual cierta parte de la doctrina –sobre todo la española- haya concluido que la Nueva Gestión Pública trae consigo una huída del Derecho Público en pos de sustituir éste con la legislación común aplicable a los sujetos particulares toda vez que la Administración del Estado va adquiriendo formas similares a las que se dan dentro de éste, sino que dicha corriente de gestión pública invita a adaptar ciertos modelos que han tenido probada eficacia dentro del mundo privado al sector público observando y respetando las garantías, leyes, principios e idiosincrasia de cada país y manteniendo sobre todo el imperio del derecho público como legislación reguladora de la actividad pública.

8.2. Comentarios finales respecto al Servicio de Cooperación Técnica como un posible reflejo de la *huída del Derecho Público* en nuestro país.

En nuestro trabajo planteamos la posibilidad del que el Servicio de Cooperación Técnica –Sercotec- constituya una manifestación práctica de la huída del Derecho Público dentro de la legislación de nuestro país toda vez que posee la naturaleza jurídica de una corporación de derecho privado que debería sujetar sus normas a las de los privados dado que se rige por el Código Civil y el Código del Trabajo en numerosos ámbitos. Lo anterior sin embargo es consecuencia de un análisis superficial, puesto que el hecho de que dicho servicio posea la naturaleza jurídica ya mencionada no significa bajo precepto alguno el hecho de que el legislador haya querido sustraer del ámbito público algunos aspectos de la actividad administrativa del Estado, sino que la constitución de dicho servicio -al igual que otros en el país (como por ejemplo CONAF)- con una naturaleza jurídica distinta a la que estábamos habituados a ver, obedece a razones de dinamismo, comodidad y sobre todo a un deseo de instaurar la Nueva Gestión Pública como paradigma a seguir en cuanto a fondo, relegando a la forma a un segundo plano. Lo anterior se ve corroborado por el hecho de que pese a su naturaleza jurídica *sui generis*, el Servicio de Cooperación Técnica se rige en determinadas materias por lo prescrito por el Estatuto Administrativo, cuerpo que por antonomasia se ocupa de regular la relación laboral existente entre un funcionario público y su empleador y por el hecho de que sea la Contraloría General de la República el órgano llamado a ejercer la supervisión y vigilancia de ciertos aspectos puntuales.

Para emitir algún juicio respecto a la *huída del Derecho Público* en nuestro país, lo esencial sería levantar el velo que cubre a los distintos órganos de la administración para ver si es que ellos realizan o no funciones reservadas a la Administración del Estado, siendo irrelevante realmente la forma jurídica que puedan adoptar los entes del Estado; quedando finalmente las prerrogativas y fines de los mismos entes como las líneas directrices que nos ayudarán a dilucidar si es que estamos frente a órganos públicos, servicios pertenecientes a la “administración invisible” del Estado o simplemente entes privados.

Por lo mismo, creemos que en Chile se debería seguir el criterio asumido por otros países latinoamericanos en pos de frenar el fenómeno de la huída del derecho, puesto que estos han creado una jurisprudencia sistemática que se basa en el hecho de que no es relevante la forma jurídica que pueda adoptar un determinado ente para que este sea considerado como privado, si no que el velo que cubre dichas formas debe ser levantado cuando el ente en cuestión esté dotado de facultades, poderes y atribuciones públicas. Pese a lo anterior, es menester recalcar el hecho de que la aplicación del derecho civil, laboral o incluso del derecho comercial no significa que la Administración del Estado quede en una total y absoluta libertad, toda vez que los mecanismos de control que regirán al órgano determinado son diferentes a los de dichas ramas del derecho pero jamás inexistentes, dado que les serán aplicables –a lo menos- las normas que sujetan a los administradores de intereses ajenos y colectivos.

8.3. Comentarios finales respecto al principio de subsidiariedad del Estado en materia económica.

Una consideración que podemos desprender de este trabajo, es la que nos lleva a derribar el mito de la subsidiariedad del Estado en materia económica, pues desde larga data se ha seguido la concepción de que las empresas públicas son entes destinados a abordar exclusivamente los rubros económicos en los que, ya sea por su poca rentabilidad o por falta de interés, no parecen ser atractivos al sector privado.

Tanto desde una óptica negativa, que plantea que en virtud del principio de subsidiariedad se le prohíbe al Estado intervenir en el desarrollo económico de los particulares, como desde una óptica positiva, que limita al Estado a los rubros socialmente necesarios y no satisfechos por particulares, se puede apreciar que dicho principio de subsidiariedad no es tal, ya que el inciso segundo del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución de la República no hace referencia alguna al término subsidiariedad, por lo que dicho “principio” no debe ser entendido como tal, si no que debe tomarse como una regla, tanto así que en las actas de discusiones de la Comisión Constitucional se debatió el hecho de expresar el principio en cuestión y finalmente se optó por no incorporarlo al cuerpo legal, por lo que es dable concluir que dicha disposición se limita a regular las condiciones de intervención y operación a las que debe sujetarse el Estado en materia económica y que se traducen en 2 requisitos:

- Reserva Legal Calificada para admitir que el Estados o sus órganos desarrollen actividades empresariales y
- Principio de Igualdad en el régimen jurídico aplicable.

Una lectura que vaya en otra dirección a la recién descrita, nos llevaría inequívocamente a concluir que el proceso modernizador del Estado empresario se reduciría únicamente a que éste se dedique a participar solamente en negocios malos, por lo que más allá de hablar de un principio de subsidiariedad, deberíamos hablar de un principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la privada en materia empresarial y de libre competencia.

8.4. Comentarios finales respecto al Principio de especialidad de giro de la actividad empresarial del Estado.

Otro mito que a nuestro parecer debe ser derribado, es el que se refiere al principio de especialidad de giro que rige la actividad empresarial del Estado. Desde un óptica preventiva, este principio obliga al legislador a regular el objeto de las empresas públicas a través de la incorporación de un catálogo detallado de las actividades y negocios a realizar dentro de la ley que autoriza su funcionamiento, mientras que desde una óptica represiva, se le ordenaría al juez constitucional la

interpretación restrictiva respecto de la extensión del giro de las empresas públicas, limitadas justamente al catálogo otorgado en la ley que autoriza el funcionamiento de las mismas. Lo anterior si bien garantiza efectivamente la primacía constitucional de los particulares en el desarrollo de las actividades empresariales, traería consigo el perjuicio de que finalmente los debates relativos a la actividad empresarial pública se llevan a cabo en los tribunales y no –como debería ser- en el Congreso.

Por otro lado, la modernización del Estado a la que hacemos referencia en el presente trabajo se ve reflejada en la distinción que la misma Constitución hace entre Servicios Públicos y Empresas Públicas y que se puede ver manifestada en 5 diferencias medulares existentes entre unos y otras:

En primer lugar, para la creación de los servicios públicos nuestra legislación establece como requisito una ley de carácter ordinaria, esto significa que respecto de los mismos existe una reserva legal simple; mientras que para la creación de las empresas públicas se requiere una Ley de Quórum Calificado, esto es, que existe una reserva legal calificada en torno a estas últimas.

En segundo lugar, cabe realizar la distinción entre los fines que persiguen los servicios públicos en contraposición a los que buscan las empresas del Estado. Mientras los servicios se avocan a satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, las empresas públicas se orientan lisa y llanamente a la producción de utilidades para proveer de recursos al fisco.

En tercer lugar –y quizás la distinción más importante entre ambos- estriba en el régimen jurídico a los que se encuentran sometidos unos y otros: Los servicios públicos se encuentran sometidos a una legislación pública mientras que las empresas públicas se rigen bajo las normas del Derecho Común, actuando como iguales dentro del ámbito del derecho privado, lo que establece las garantías ya conocidas de estar al margen de la burocracia y rigidez de las normas del derecho público, pero que pueden traer consigo un abuso de esta libertad en torno a la posibilidad de encontrarnos con este tipo de personificaciones justamente para arrancar de los estándares de control y rigurosidad establecidos por el Derecho Público para así actuar de forma abusiva.

En cuarto lugar se puede distinguir una diferencia que guarda estrecha relación con la anterior, cual es el hecho de que los Servicios Públicos poseen potestades públicas exorbitantes en lo referente a sus poderes jurídicos, mientras que las empresas públicas carecen de dichas potestades justamente por su sometimiento a las reglas del Derecho Privado.

Por último se puede apreciar una diferencia en cuanto a la organización de ambos entes, pues en el caso de los Servicios Públicos, estos suelen estar gobernados de forma unipersonal por un director, mientras que en el caso de las empresas públicas, estas poseen las estructuras típicas del mundo corporativo privado.

8.5. Comentarios finales respecto de los mecanismos de control de la actividad administrativa del Estado.

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, nuestro país no se ha visto realmente afectado por el fenómeno descrito como *huída del Derecho Público* como mecanismo tendencioso a evitar los procesos de control a los que deben sujetarse los actos administrativos. Como vimos en el capítulo respectivo, nuestra legislación comprende una serie de mecanismos tendientes a regular la actividad administrativa y a velar por el correcto cumplimiento de las garantías y normas que deben regirla, que van desde la fiscalización de la Contraloría General de la República hasta acusaciones constitucionales o incluso hasta la acción constitucional que corresponde al Recurso de Protección.

Junto a lo anterior, también es dable concluir que en nuestro país, al no existir los tribunales contencioso administrativos, el deber de garantizar la observancia de las disposiciones constitucionales por parte de la Administración del Estado recae sobre el legislador, estableciendo para ello normas legales que sean capaces de integrar tanto mecanismos de control y procedimientos de probidad como las libertades de actuación y flexibilidad que requieren los órganos en cuestión, lo que nos lleva a concluir que pese a la inexistencia de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país, el control de la actividad estatal está

sujeto a una serie de controles serios y que de una u otra forma han logrado mantener la coherencia y la observancia de normas legales pese al desamparo que en primera instancia podría significar la inexistencia de dicha jurisdicción.

Por último, es menester recalcar que la implementación de la Nueva Gestión Pública en el marco latinoamericano no fue acompañada realmente con la creación de mecanismos asociados a una nueva cultura de responsabilidad, cosa que se ve reflejada de plano por la carencia –en nuestro ordenamiento jurídico- de la figura real de un juez dedicado exclusivamente al ámbito de materias contencioso-administrativas, lo que dificulta la implementación, tanto en nuestro país como en todo nuestro continente, la introducción de un modelo de gestión post-weberiano dada la imperancia de regímenes de corte ideológico tradicional en el que predomina una falta de formalidad y respeto a las normas administrativas en general, pues dicho cambio, sin la implementación de los mecanismos de control idóneos, podría traer consigo el florecimiento de una amplia discrecionalidad por parte de los altos funcionarios, sin perjuicio de la flexibilidad y eficacia a la que tantas veces nos hemos referido en el presente trabajo, mientras se pierde terreno en lo que concierne a los controles destinados a poner freno a la discrecionalidad arbitraria, al abuso de poder y a la corrupción.

Respecto a los mecanismos de control de los actos administrativos del Estado, podemos ver que dicho ámbito ha experimentado una suerte de “retorno al derecho público”⁹⁹, pues como lo expusimos en el presente trabajo, ha existido una ampliación del ámbito del mismo en cuanto a que tanto la legislación como la doctrina avanza en pos de regular materias que anteriormente se dejaban al mero arbitrio de los particulares, como es el caso analizado respecto a la regulación de la libre competencia y las regulaciones contra el monopolio, la transparencia respecto a la información de los actos de la administración del Estado y los gobiernos corporativos entre otros. Todas las ideas anteriores vienen en reafirmar el hecho de que poco a poco el Estado ha ido ampliando su ámbito de actuación, entendiendo que el modelo de bienestar quedó obsoleto por las tendencias modernas que caracterizan a nuestra sociedad y que justamente requieren un

⁹⁹ Nos referimos a “retorno” porque malamente puede existir un retorno si es que nunca hubo una huida.

cambio de paradigma para que el Estado sea capaz de satisfacer de la mejor manera posible los intereses y necesidades de sus habitantes.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Araya Eduardo y Cerpa Andrés. “La Nueva Gestión Pública y las reformas en la administración pública chilena”. Artículo en línea publicado en la Revista de Estudios Politécnicos Tékhne N°11. Junio de 2009.
- 2- Baena de Acazár, Mariano. “Privatizaciones y misiones de Servicio Público”. Publicado en el libro “Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo”. Editorial Tirant Lo Blanche. Valencia. España. 2010.
- 3- Barzelay Michael y Babak Armajani. “Atravesando la burocracia: Unua nueva perspectiva de la administración pública”. México DF. 1998.
- 4- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). “Una Nueva Gestión Pública para América Latina”.
- 5- Diez, Manuel María. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. Argentina
- 6- Dirección del Trabajo del Gobierno de Chile. “Boletín Oficial de Julio de 2002”.
- 7- Echebarría Ariznabarreta, Koldo. “Proyectos de mejora organizativa en la Administración Pública”. Revista Valenciana D’Estudis Autonómics N°23, 1998.
- 8- Franco, Miguel Angel - Alvarez, Mabel. “La Reforma del Estado y el proceso de Tercerización en Río Negro”. Exposición realizada en el Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Universidad Nacional del Comahue. Río Negro. Argentina.
- 9- García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo I”. Ed. Thomson Reuters, Navarra España. 2011.
- 10- Gascón y Marín, José. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Imprenta Clásica Española.

- 11- Gobierno de Chile. "Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado". Segunda Edición. Santiago. Chile. 2009.
- 12- Heise González, Julio. "Historia de Chile: El periodo Parlamentario". Editorial Andrés Bello. Santiago. Chile. 1974.
- 13- Hood, Christopher. "The Art of the State". Oxford University. Estados Unidos. 2000.
- 14- Jinema Lobos, Ernesto. "El Control Jurisdiccional de la Administración Pública". Artículo publicado en la Revista Judicial de Costa Rica de Septiembre de 1997.
- 15- Larroulet, Mochón. "Economía". Editorial Mc Graw Hill. España 1995.
- 16- Latorre Vivar, Patricio. "Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°30, 2008.
- 17- Letelier Wartenberg Raúl y Rajevic Mosler Enrique. "Transparencia en la Administración Pública". Editorial Abeledo Perrot (Legal Publishing). 1ª Edición. Santiago. Chile. 2010.
- 18- Longo, Francisco e Ysa, Tamyko. "Los Escenarios de la Gestión Pública del Siglo XXI". Editorial Generalitat de Catalunya: Escola D'Administració Pública". 1ª Edición. Barcelona. España. 2008.
- 19- López, Andrea. "La Nueva Gestión Pública: Algunas Precisiones para su Abordaje Conceptual". Instituto Nacional de la Administración Pública.
- 20- López Calera, Nicolás. "Yo, El Estado". Editorial Trotta, Madrid. España. 1992.

- 21- Marín, Urbano. "Estatuto Administrativo: ¿Régimen en retirada en la Administración Pública Chilena? Artículo contenido en "La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000". Editorial Jurídica. Santiago. Chile. 2000.
- 22- Mas Sabaté, Jordi. "Un nuevo modelo de externalización (tercerización/outsourcing) en la administración pública". Exposición realizada en el Noveno Congreso Internacional sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España. 2004.
- 23- Neuman, Laura. "*Mechanisms for monitoring and enforcing the right to information around the world*". Artículo elaborado y publicado por *The Carter Center*. www.cartercenter.org.
- 24- Organización *Transparency International*. Capítulo Chileno. "Acceso a la Información Pública: Evolución y Desarrollo". Documento de trabajo N°1. 2008. Disponible en www.chiletransparente.cl .
- 25- Organización *Transparency International*. Capítulo Chileno. "Ley de Transparencia de la función pública: Garantizando el acceso a la información". Documento de trabajo N°5. 2008. Disponible en www.chiletransparente.cl .
- 26- Osborne D y Gabler Thomas. "La reinención del gobierno: La influencia del espíritu empresarial en el sector público". Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona. España. 2002.
- 27- Pantoja Bauzá, Rolando. "La Organización Administrativa del Estado", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2004.
- 28- Parada, Ramón. "Derecho Administrativo I: Parte General". Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales. Barcelona, España.
- 29- Parada, Ramón. "Derecho Administrativo II: Organización y empleo público", Decimoquinta edición, Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona, España 2002.

- 30- Schröder, Peter. "Nueva Gestión Pública: Aportes para el buen gobierno".
Fundación Friedrich Naumann Oficina Latinoamérica.
- 31- Santamaría Pastor, Juan y Caballero Sánchez, Rafael. "Las técnicas de
regulación para la competencia: Una visión horizontal de los sectores regulados".
Ed. Iustel, Madrid, España. 2011.
Segura Solís, Juan Carlos, "El libre acceso a la Función Pública y la Constitución",
Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España, 1999.
- 32- Segura Solís, Juan Carlos, "El libre acceso a la Función Pública y la
Constitución", Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España,
1999.
- 33- Streeter Prieto, Jorge. "Modificación a la Ley de Defensa de la Libre
Competencia". Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner. Stgo. 2001.
- 34- Valdés, Domingo. "La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico".
Ed. Jurídica Conosur. Chile. 1992.
- 35- Varas Contreras, Guillermo. "Derecho Administrativo". Editorial
Nacimiento, Santiago, Chile. 1948.