



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO
CON Y SIN MENCIÓN

Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFE) para optar al grado de Magíster en
Derecho con mención en Derecho Público.

**El ejercicio de la Potestad Organizatoria de la Administración del Estado bajo el
estándar de buena administración: revisión a la jurisprudencia administrativa de la
Contraloría General de la República entre 2016-2021.**

Daniel Alonso Olate Reyes
R.U.T. N° 15.434.150-1

Profesor Guía: Dr. Claudio Moraga Klenner

Santiago
9 de noviembre de 2022

A Vilma Elizabeth, Andrés Eduardo y Rocío Amanda, con infinito amor y gratitud.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, a José Antonio, Lucía, Ingrid y Carlos Manuel por ser padres, guías y consejeros. A mi profesor guía, por su confianza, generosidad y conocimiento.

TABLA DE CONTENIDOS

Abreviaturas	6
Resumen	8
I. Introducción	15
II. Primera parte: La potestad organizatoria del Estado y la buena administración en el derecho chileno.	15
Sección Primera: La potestad organizatoria del Estado en el derecho chileno.	15
Capítulo I: Los principios y características de la potestad organizatoria.	16
A. Concepto de potestad organizatoria.	16
B. Los principios de la organización administrativa.	18
1. El principio de legalidad o juridicidad.	18
2. El principio de competencia.	21
2.1. La modificación de la competencia.	22
a. La avocación.	22
b. La delegación.	22
c. La suplencia de servicio.	24
2.2. Los factores de la competencia.	24
a. La materia.	24
b. El territorio.	25
c. El grado.	25
2.3. Las contiendas de competencia.	25
3. El principio de la unidad.	27
3.1. El principio de jerarquía.	28
a. Poder de dirección o potestad de mando.	29
b. El poder de revisión.	30
c. El poder disciplinario.	30
d. El poder de control.	31
e. Potestad o poder de nominación o nombramiento.	31
3.2. La supervigilancia.	31
4. Principio de eficiencia y eficacia.	33

C. Las condiciones de ejercicio de la potestad administrativa organizatoria: titulares, límites y procedimiento.	35
1. Titulares.	35
2. Procedimiento.	37
3. Límites.	38
Capítulo II: Una aproximación práctica a la Potestad Administrativa Organizatoria en el contexto nacional.	40
Sección Segunda: La buena administración en el derecho chileno.	44
Capítulo III: La buena administración en la doctrina nacional.	44
A. La buena administración como derecho de las personas.	47
B. La buena administración como estándar.	50
III. Segunda Parte: La recepción de la buena administración como manifestación de la potestad organizatoria en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República durante el período 2016-2021.	53
Capítulo IV: La relación entre buena administración y la potestad organizatoria.	53
Capítulo V: La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República durante el período 2016-2021 vinculada a la buena administración y la potestad organizatoria.	57
A. Algunas breves notas sobre la jurisprudencia administrativa recopilada.	58
B. Algunas menciones sobre dictámenes relativos a procedimiento administrativo, actividad administrativa y contratación administrativa.	60
C. Análisis sobre dictámenes vinculados a materia estatutaria y financiera.	62
i. Dictámenes en materia financiera.	63
ii. Dictámenes en materia estatutaria.	67
a. Encomendación de funciones.	67
b. Permisos.	69
c. Otras materias.	70
IV. Conclusiones.	72
V. Bibliografía.	74

ABREVIATURAS

Estatuto Administrativo	Ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fija por el D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda
Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales	Ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.
INE	Instituto Nacional de Estadísticas.
LOACGR	Decreto Supremo N° 2.421 del Ministerio de Hacienda. Fija el texto refundido de la Ley N° 10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.
LOCBGAE	Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado se contiene en el D.F.L. N° 1/19.653, de 2000.
LOCM	Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el D.F.L. N° 1 de 2006.
N°	Número.
SAMU	Sistema de Atención Médica de Emergencia.
SEREMI o SEREMIs	Secretario Regional Ministerial.
SUBDERE	Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

RESUMEN

La potestad organizatoria que le asiste a la Administración para ajustar su conformación interna de cara a la actuación administrativa, resulta central para el adecuado cumplimiento de las funciones que el ordenamiento ha puesto bajo su tutela. Es en este contexto, la introducción de la buena administración como un estándar de conducta de Administración, permite la satisfacción del interés público involucrado, determinar y ponderar el grado de cumplimiento de sus especiales cometidos. El ejercicio de la potestad organizatoria bajo la buena administración en cuanto estándar de conducta, tendrá ribetes especialmente prácticos.

Bajo este contexto, este trabajo identifica y aborda como problema, que la falta de tratamiento por la doctrina de la potestad organizatoria mediada por la buena administración trae como consecuencia una falta de desarrollo adecuado de los principios y jurisprudencia existente, con una mayor densidad normativa, de manera que la materialización de los fines específicos de cada organismo sea real, concreta y efectiva. Así, su objetivo principal es dar cuenta sobre la aplicación práctica que ha tenido la buena administración en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República durante el período 2016-2021, considerando una mayor o menor vinculación con la potestad organizatoria.

Para ello, en primer lugar, por una parte, contendrá una exposición tanto de la potestad organizatoria de la Administración del Estado, como de la buena administración en el derecho chileno. Luego, en segundo lugar, en la dimensión práctica de este trabajo, se contienen los resultados de la recopilación y análisis de los dictámenes de la Contraloría General de la República emitidos durante el periodo comprendido entre los años 2016 y 2021, y que refieren fundamentalmente a la buena administración, además de la forma en que ha sido aplicada en diversas materias. Se propone en este trabajo que la buena administración como un estándar ha sido recogida en los dictámenes de Contraloría a través del uso de diferentes expresiones con relativa uniformidad, y que al mismo tiempo, ha sido aplicada de forma más intensa en materia estatutaria y financiera, vinculándose en este punto de manera más explícita con la potestad organizatoria, que en los dictámenes referidos a otras materias, como la contratación o procedimiento administrativo donde exhibe una relación mucho más implícita.

I. INTRODUCCIÓN.

La organización de la Administración del Estado, es una de las áreas prácticas del Derecho Administrativo que si bien presenta una incidencia capital en el cumplimiento de las tareas y funciones que la ley encomienda a cada organismo, dogmáticamente ha sido analizado como una cuestión normativa, sin extenderse mayormente a los impactos que ha de tener en materias fundamentales como la ejecución del presupuesto público, el empleo público o el procedimiento administrativo, entre otras.

Tradicionalmente, la doctrina ha trabajado sobre la organización administrativa adoptando un punto de vista en el que se limita a explicar y exponer la conformación de los diferentes organismos de la Administración del Estado a través de ciertos y determinados sistemas de distribución del poder estatal, tales como la centralización, la descentralización o la desconcentración, ya sea territorial o funcional, para luego complementar dicho planteamiento, con una exposición conceptual de los diferentes organismos y órganos que la legislación prevé. La división administrativa imperante en la legislación será el principal objeto de estudio de la doctrina, abordando únicamente los mecanismos o formas dispuestas por el ordenamiento jurídico para la conformación de nuevos organismos administrativos.

El profesor VALDIVIA OLIVARES apunta que “[e]n la elaboración de la teoría, tanto en derecho chileno como comparado, se aprecia una alta dosis de tecnicismo. La identificación de las distintas figuras subjetivas que conforman la administración del Estado, así como de sus unidades organizativas internas, de modos de asignación de competencias entre órganos y de relaciones que pueden formarse entre ellos, es lo más parecido a una taxonomía de la administración del Estado”¹.

El examen a la organización administrativa en estos términos, soslaya en algún grado, el que al momento en que es puesta en acción, conlleva el ejercicio del poder del Estado, esto es, que corresponde a una potestad administrativa: la potestad organizatoria. El basamento de la potestad organizatoria encuentra su origen en la Constitución y la ley, de forma que la Administración del Estado pueda no solo actuar con apego a la normativa vigente, sino también, con el pragmatismo que resulta necesario para la satisfacción de

¹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. “Manual de Derecho Administrativo”, Valencia, Tirant Lo Blanch. P. 67.

intereses comunitarios, los cuales son esencialmente dinámicos, de forma que se asegure el bienestar de la ciudadanía.

La dictación de actos administrativos para ejecutar los mandatos de la ley importa abordar el problema práctico de cuál es el alcance que se les dará, y el nivel de particularización a aquellas reglas inespecíficas de organización y competencia. Si bien, el tener claridad conceptual respecto de que la esencialidad de atribuciones es parte de la solución, en tanto que permite determinar de manera innegable ciertas atribuciones que pertenecen a un organismo aun cuando no se encuentren descrita o tipificada expresamente en la ley, no puede negarse la existencia de esas facultades que no han sido detalladas por el expediente de la legalidad formal.² El riesgo de que se pase por alto el que, en general, las potestades suponen un poder finalizado y, en consecuencia, el no tener claridad sobre esta materia, es el actuar arbitrario e ilegal, el exceso o desviación de poder y, en fin, el que se origine una ulterior responsabilidad administrativa, civil e inclusive penal, de las personas involucradas; o bien, originar daños y/o perjuicios a los administrados.

Ante la exigencia de que la conformación de los organismos públicos debe estar acorde a los contextos históricos y las necesidades de la ciudadanía, debiendo existir una materialización constante de las finalidades previstas en la ley, la doctrina debe asumir el desafío de articular una potestad organizatoria que satisfaga no solo una exigencia de carácter teórica, administrativa o política, sino que, además, la conformación de un Derecho Administrativo acorde a las necesidades y contexto histórico actual.

Es así, que la potestad organizatoria sirve como una herramienta normativa precisa, concreta y acotada para que la Administración pueda ajustar su estructura interna a las circunstancias y necesidades actuales y presentes. Sin embargo, la Constitución y especialmente, la ley, ha establecido que la Administración no sólo cumple sus cometidos al momento de materializar la actuación administrativa, sino que además, exige que deba conformarse con un estándar transversal y específico de conducta: la buena administración.

La introducción del concepto de “buena administración” en la jurisprudencia administrativa y en la doctrina nacional, resulta un avance en el desarrollo del Derecho Administrativo chileno. Diremos así, que toda potestad administrativa en su ejercicio supone

² MORAGA KLENNER, Claudio. 2008. “Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y Juridicidad” En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (Coord.), “Derecho Administrativo 120 Años de Cátedra”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 318.

que se deban satisfacer los principios que la gobiernan, además de servir al interés público involucrado, utilizando para ello, el estándar de la “buena administración”, a fin de propender a una organización idónea en tanto es el medio para la actividad del Estado. Por ello, la “buena administración” viene precisamente a sistematizar, determinar y matizar los principios que deban considerarse para satisfacer el interés general, operando no solo como un estándar que guía el procedimiento de organización, sino que, además, modula su aplicación.

La buena administración en cuanto estándar de conducta que permite enjuiciar la actividad del Estado, aplicado a la potestad organizatoria, permite determinar el mayor o menor grado de maximización de la adecuación de la Administración a las exigencias del cumplimiento de sus cometidos, y en consecuencia y a la larga, del grado de éxito en las diferentes áreas de su gestión.

Los ejes fundamentales de la buena administración en cuanto estándar, articulan las exigencias primordiales al ejercicio del poder por la Administración del Estado, que en el caso de la potestad organizatoria permitirá determinar con meridiana objetividad el grado de adecuación normativa de la institución de que se trate a la exigencia del oportuno y completo cumplimiento de sus funciones.

La potestad organizatoria supondrá la existencia de normas que justifiquen su establecimiento y ulterior ejercicio, cuestión que por regla general es resuelta por la Constitución y la ley, y de manera más particular por las normativas orgánicas de cada institución. Del mismo modo, la norma desde la cual arranca la buena administración entendida como un estándar de conducta de la Administración del Estado, es precisamente el artículo 53 de la LOCBGAE, norma de aplicación general y transversal.

Entendiendo, tal como ya se dijo más arriba, que la actividad de la Administración del Estado se ejecuta recurriendo a potestades administrativas, es que la presente actividad formativa equivalente a tesis resulta atingente, en cuanto aborda el problema concerniente a la forma en que en la práctica la Contraloría General de la República durante el periodo 2016-2021 entiende que la buena administración modula la actuación administrativa, y cómo se vincula principalmente de forma explícita o implícita, con el ejercicio de la potestad organizatoria.

Se ha decidido estudiar el periodo comprendido entre 2016-2021, en atención a que en los trabajos sobre “buena administración” más recientes que se han realizado, en lo

concerniente a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República que se cita, uno de ellos considera únicamente un dictamen del año 2011³, y otro trabajo, recopila jurisprudencia administrativa de la entidad de control hasta el año 2015⁴. Es por ello, que el periodo elegido en esta investigación permite tener una mirada actualizada del estado de la jurisprudencia administrativa del organismo fiscalizador.

En el curso de esta investigación, tal como ya fue anunciado, estimaremos que la “buena administración” en la organización administrativa debe entenderse como un estándar, que articulará los principios que la doctrina establece como parte de aquel, como lo serían a modo ejemplar, la eficiencia, la eficacia, la probidad, etc., y que es esencial para el ejercicio de la potestad organizatoria ante la distribución de competencias en un organismo administrativo, impactando en las diferentes funciones que los funcionarios deben ejecutar.

En este contexto, la noción de estándar al que aludimos importa entender que la “buena administración” es un parámetro, patrón o modelo normativo que sirve para enjuiciar si una conducta administrativa determinada, fue lo que legal y razonablemente se pudo exigir a la Administración del Estado, y que es un comportamiento normal inserto en una realidad nacional, regional o local concreta, considerando las posibilidades reales de acción, según los medios, presupuesto y característica propias de aquella.⁵ En otras palabras, es un paradigma que articula una pauta de conducta específica exigible a la Administración del Estado, donde se impone el deber de actuar razonablemente al ejercer las potestades que la ley le ha conferido, al adoptar decisiones de calidad que valoran los intereses en juego de manera eficiente, a través de un debido procedimiento administrativo.⁶

³ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. “El derecho a una buena administración pública en Chile”. *Revista de Derecho Público* 88: 93-109.

⁴ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2017. “El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos”, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. “Derecho a una Buena Administración en Chile” En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (Coord.), “Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica”, Caracas, Fundación Editorial Jurídica Venezolana. P. 327 y 328.

⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. 2012. “El concepto de Administración Pública desde la Buena Gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América Española”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (16): 197-223 [en línea] En: <<http://hdl.handle.net/2183/12007>> [consulta: 12 de enero de 2022]. P. 211.

Si bien podría pensarse que la falta de reconocimiento de un “derecho a la buena administración” o rechazar dicha construcción, supondría un empobrecimiento en el desarrollo de un Derecho Administrativo contemporáneo y actual, orientado a realizar un tránsito de las potestades y privilegios a los derechos ciudadanos⁷, nuestra propuesta según se expondrá en el curso de la investigación, se perfila como no excluyente de aquella, en tanto que supone complementar esta aproximación, esta vez en un contexto organizativo, donde aplicar la “buena administración” como un estándar trae repercusiones concretas y eficaces ante la materialización de las finalidades que la ley ha definido para cada organismo de la Administración del Estado.

La riqueza conceptual y teórica de la “buena administración” permite su inclusión como estándar dentro del ejercicio de la potestad organizatoria, no identificándose únicamente con la actividad estatal en su faceta formal, como lo es, por ejemplo, el procedimiento administrativo, como lo ha tratado en extenso la doctrina y jurisprudencia extranjera y nacional de las Cortes y la Contraloría General de la República, sino también a una idónea organización administrativa que permita establecer las condiciones más adecuadas para el debido cumplimiento de sus cometidos impuestos por la ley.

En tanto estándar, facilita la aplicación de los principios administrativos que ordenan y orientan a la Administración y depura la argumentación jurídica de los diferentes organismos al momento de dar lugar a la organización administrativa a través de actos administrativos dictados para estos efectos, permitiendo que el Derecho Administrativo se manifieste de forma dúctil y práctica, satisfaciendo la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

De este modo, el problema que identificamos como materia de esta actividad formativa equivalente a tesis, consiste en que la falta de tratamiento de la doctrina de la potestad organizatoria bajo el estándar de “buena administración” importa que no pueda articularse adecuadamente los principios y la jurisprudencia existente, con una mayor densidad normativa, a fin de que la actividad administrativa sea consistente desde la forma que se le da a la Administración del Estado hacia el ejercicio de las funciones que la ley le ha entregado, a fin de que puedan materializarse de manera real, concreta y efectiva las finalidades específicas de cada repartición estatal.

⁷ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. Ob. Cit. P. 95.

En su dimensión práctica, importa considerar la forma en que se ha desarrollado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República durante el periodo 2016-2021, para determinar la forma en la que se recoge a la “buena administración” como un estándar, el que puede ser aplicable a diferentes materias, suponiendo en mayor o menor grado un proceso organizativo, que tendrá un mayor o menor impacto en diversas materias, tales como el empleo público o la gestión relacionada con el presupuesto público. Se elige ese periodo para dar una mirada sobre los más recientes dictámenes, los cuales, son vinculantes para la Administración del Estado, al mismo tiempo que ya en otros trabajos se ha realizado un examen sobre la “buena administración” por un periodo anterior y más extenso⁸⁻⁹.

Metodológicamente, se estimó recopilar la jurisprudencia administrativa existente entre el periodo 2016 al 2021 a través del buscador en línea dispuesto por la misma Contraloría en su sitio web institucional, informes que se refirieran explícitamente a la buena administración, y sobre ese grupo de dictámenes escogidos, se trabajó considerando si mencionaban a la buena administración como un derecho de las personas o como un estándar.

Del muestreo obtenido, se logró determinar un universo de cuarenta dictámenes, de los cuales, únicamente tres refieren a la buena administración en tanto derecho, y los restantes treinta y siete como un estándar. En este último caso, procedimos a desagregar el total, estimando dos criterios fundamentales: (a) considerando la forma o voz que la Contraloría utiliza para referirse a la buena administración, por ejemplo si es “una medida de” o son “razones de”, etc.; y, (b) la materia con la que se vincula, por ejemplo procedimiento administrativo, materia financiera, materia estatutaria, etc.

El grado de recepción de la Contraloría de la buena administración como un estándar se presenta en mayor cantidad especialmente en materia estatutaria u empleo público. Inicialmente se podría entender que la potestad organizatoria ejercitada bajo el estándar de la buena administración deviene de forma necesaria en una cuestión de empleo público. Sin embargo, si bien es la primera aproximación (y en consecuencia la más evidente), no es menos cierto que esa proyección se presentará de forma menos o más

⁸ Así, por todos LINAZAROSO ESPINOZA, Izaskun. 2017. Ob. Cit., y, LINAZAROSO ESPINOZA, Izaskun. 2018. Ob. Cit.

⁹ Se elige un periodo de 5 años en tanto que corresponde, tal como se dijo, al periodo que no es comprendido por las investigaciones citadas de Izaskun Linazasoro Espinoza, las cuales sí recogen la jurisprudencia de la Contraloría.

implícita en las demás materias, tales como en materia financiera, el procedimiento administrativo, la contratación pública, u otras. Estimamos que ese menor o mayor grado de explicitación de esta proyección, muestra no solo si el desarrollo de la Contraloría de orientar a la Administración a mejores estándares es una cuestión decidida o deliberada, o quizás meramente intuitiva; sino que permite a la misma Administración del Estado conocer y explorar sus propios límites.

De esta manera, este trabajo desde un punto de vista de su estructura, se organiza a partir de dos grandes partes, la primera de ellas, referida a la Potestad Organizatoria y a la buena administración, que es subdividida en dos secciones referida a cada uno de los temas indicados, y cada una de esas secciones, es dividida en capítulos. La segunda parte, referida a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, dividida en dos capítulos.

En cuanto a su contenido, en la primera parte, la sección primera es esencialmente dogmática y normativa, donde se exponen las normas y conceptos básicos vinculados a la Potestad Organizatoria, sus principios y características, además de una aproximación práctica. En la segunda sección, se aborda la buena administración en la doctrina nacional. Así, se hace una distinción fundamental para este trabajo: la buena administración como un derecho y como un estándar. En la segunda parte, referida a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República durante el periodo 2016 y 2021, que se vincula a la buena administración, se presentan dos capítulos, el primero, sobre las relaciones entre la potestad organizatoria y la buena administración; y, el segundo trata y analiza en concreto la jurisprudencia recopilada durante el periodo señalado.

Con esta estructura expositiva, se busca dar noticia sobre la aplicación de normas y la forma en la que deben entenderse conceptos que en apariencia no tienen vinculación, pero que son ricas en consecuencias y más aún, en su faceta práctica permiten a la Administración del Estado materializar de cara a la ciudadanía, de forma cierta y concreta, principios formulados de manera abstracta, como lo son el de servicialidad, y sobretodo, el buen gobierno, más aún cuando se contienen en dictámenes de la Contraloría, de obligatoria aplicación para los organismos bajo su fiscalización.

II. PRIMERA PARTE: LA POTESTAD ORGANIZATORIA DEL ESTADO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO CHILENO.

Sección Primera: La potestad organizatoria del Estado en el derecho chileno.

El ejercicio del poder político por parte del Estado, arranca sin dudas de la Constitución, la que dispondrá las coordenadas para una organización específica de los diferentes organismos que lo componen. En otras palabras, la articulación del poder importa una organización y al mismo tiempo, un poder para establecerla, por lo que la Constitución es esencial para determinar la forma en la que el Estado se hará operativo.¹⁰

En este marco, la potestad organizatoria se presenta como un poder para definir de manera concreta la ordenación según la cual se asignarán posteriormente a diversos órganos y/u organismos, las competencias que sean necesarias para el cumplimiento de la función administrativa y la ulterior satisfacción de las necesidades públicas.

Según el esquema dispuesto por la Constitución chilena, el Presidente de la República ostenta no solo la jefatura del gobierno, sino también el de la Administración del Estado, según lo establece el artículo 24. Precisamente, por esta diada Gobierno-Administración, se permite la existencia de un primado de la política para permitir no solo la alta conducción del país, sino también la materialización del programa político específico que haya propuesto.¹¹ Sin embargo, el diseño constitucional implica que la potestad organizatoria se ejercita en un sistema que contiene diversos niveles entre los cuales es distribuida: normas creadas por el constituyente, normas creadas por el legislador, y, eventualmente, normas creadas por el Presidente a través de la potestad reglamentaria.

Será relevante entonces el determinar no solo lo que sea la potestad organizatoria a través de sus principios rectores, alcances conceptuales y características, sino que además, la forma en la que es distribuida, a través de sus titulares, límites y procedimientos, para luego, realizar específicamente, una aproximación práctica a la potestad administrativa organizatoria en el contexto nacional.

¹⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. 2009. "Organización y poder de organización en el Estado", Santiago, Publicaciones Programa de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile. P. 8 a 10.

¹¹ MORAGA KLENNER, Claudio. 2020. "Organismos Legales Autónomos" [en línea] En: https://www.academia.edu/45658376/Organismos_Legalmente_Autónomos [consulta 27 de octubre de 2021]. P. 3.

Capítulo I: Los principios y características de la Potestad Organizatoria.

A. Concepto de potestad organizatoria.

Se ha expuesto que los sistemas de organización administrativa corresponden a un conjunto de normas y principios conformes a los cuales se estructuran orgánicamente las unidades que componen el aparato administrativo, regulándose su competencia y funcionamiento, respondiendo principalmente a reglas de eficiencia y coordinación¹². En otras palabras, el objeto de estos sistemas de organización será precisamente, determinar la estructura orgánica y la forma en la que se llevará a cabo la función administrativa, cómo se organizan y el modo en que se relacionan o interactúan entre sí los diferentes órganos de la Administración del Estado¹³.

Sin embargo, pese a su relevancia práctica, la doctrina nacional en general no ha recogido dentro del listado tradicional de las potestades que han sido consagradas respecto de la Administración del Estado a la potestad organizatoria¹⁴, y ha omitido que al realizarse la organización o reorganización de cualquier organismo de la Administración del Estado, de hecho se ejerce un poder o más bien, una potestad.

Algunos autores sí reconocen la existencia de la potestad organizatoria, y es conceptualizada como una potestad pública cuya finalidad es la creación, puesta en marcha, configuración, modificación de su estructura interna y extinción de unidades administrativas del Estado¹⁵. Igualmente, el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados respecto del proyecto de ley que crea el Ministerio del Deporte, recogió esta aproximación al señalar que

¹² DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. 1985. "La Organización Administrativa en Chile: Bases Fundamentales", 2a Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 85. BOLONIA KELLY, Germán. 2010. "Organización Administrativa". 2ª Edición, Santiago, Legal Publishing Chile. P. 4.

¹³ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2014. "Derecho Administrativo General". 3ª Edición, Santiago, Legal Publishing Chile. P. 363.

¹⁴ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. "La Potestad de Organización en Chile (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2013, stc 2367-12-CPT)" En: BREWER CARIAS, Allan R. et al (Coords.), "La Protección de los Derechos frente al poder de la Administración. Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría". Bogotá, Editorial Temis S.A. P. 313.

¹⁵ CARMONA SANTANDER, Carlos. 2005. "Derecho Administrativo. Unidad III, La Organización Administrativa", Apuntes de Clases, Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile [en línea] En: <https://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/05/Unidad_III_La_organizacion_administrativa_primera_parte.pdf> [consulta: 17 noviembre 2021]. P. 89. RAJEVIC MOSLER, Enrique. 2008. "La Potestad Organizatoria en el Derecho Chileno: Teoría y Práctica" En: "Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado", Universidad de Antofagasta, Antofagasta. P.173.

es “(...) la atribución que el ordenamiento jurídico entrega a ciertas autoridades para intervenir en el diseño de la organización”.¹⁶

Incluso, el profesor VALDIVIA OLIVARES ha advertido que la potestad administrativa “(...) se trataría de una denominación cómoda de una diversidad de cuestiones emparentadas temáticamente, en torno a las cuales el sistema constitucional distribuye competencias normativas”¹⁷.

Independiente de la aproximación que se elija para conceptualizar a la potestad organizatoria, lo cierto es que las potestades administrativas constituyen el ejercicio de un poder que es finalizado al servicio de la ciudadanía, promoviendo y protegiendo los derechos e intereses legítimos de las personas. Es decir, son medios jurídicos para el cumplimiento de las finalidades previstas por el constituyente y el legislador, o bien, la materialización de los intereses generales que pertenecen a la órbita competencial de la Administración del Estado.¹⁸

De este modo, el ejercicio de la potestad organizatoria implica el que la Administración no solo deba crear, poner en marcha, modificar o extinguir sus unidades internas, sino que esas acciones deberán estar encaminadas a dar lugar a una estructura organizacional que tienda a maximizar la satisfacción de los derechos e intereses de los ciudadanos y a materializar los fines que el constituyente y la ley ha fijado. De este modo, esa organización implicará formular o alterar las reglas generales y particulares a las que ese servicio deberá ceñirse, concretamente, la determinación de la naturaleza del servicio, la dotación funcionarial, los recursos disponibles y las normas relativas a la fiscalización a la que deberá sujetarse¹⁹.

¹⁶ STC Rol N° 2.367/2012 de fecha 16 de enero de 2013, considerando vigesimosegundo.

¹⁷ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. Ob. Cit. P. 68. En el mismo sentido, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2018. “Principios del Derecho Administrativo General”, Tomo I, 5ª Edición, Madrid, Iustel. P. 304. Señala que “Debe advertirse, no obstante, que no se trata de una potestad de contenido homogéneo (como la expropiatoria o la sancionadora), sino de un concepto-síntesis de carácter finalista, que engloba bajo un solo rótulo todas las potestades públicas, normativas o no, que se ejercen con el objeto de crear, configurar, poner en marcha y modificar la estructura de las organizaciones (...)”.

¹⁸ MORAGA KLENNER, Claudio. 2010. “Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración del Estado”, Tomo VII, Santiago, Legal Publishing Chile. P. 25, 26 y 27.

¹⁹ SILVA CIMMA, Enrique. 1995. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público.” Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 73 y 74.

B. Los principios de la organización administrativa.

La potestad organizatoria en cuanto poder de organización según hemos visto, es un poder finalizado que tiende a maximizar la materialización y cumplimiento del interés público a través de la satisfacción de necesidades públicas por parte del organismo de la Administración, por el expediente de la creación, ajuste, o inclusive, su extinción.

El ejercicio del poder de organización importa el reconocimiento explícito de principios que además de fundamentar su existencia, regulan sus alcances e inclusive, su sentido, procedimientos y resultados.

En la doctrina nacional se ha tratado tradicionalmente bajo el rótulo de principios de la organización administrativa²⁰, más que principios de la potestad organizatoria, siendo aquellos aplicables a ésta última²¹.

Los principios referidos corresponden al principio de legalidad o juridicidad, el principio de competencia, el principio de unidad, y, el principio de eficiencia y eficacia.

1. El principio de legalidad o juridicidad.

El principio de legalidad o juridicidad, en el sentido más clásico, exige que la Administración del Estado sujete siempre su accionar, de una forma permanente y continua, a las normas generales, encontrándose vinculada y determinada por éstas, de manera que se cumplan los fines dispuestos por el ordenamiento.²²

El sometimiento de los diferentes órganos al Derecho se da desde su propio origen, en tanto que todo órgano es una creación jurídica, que conforme a la Constitución únicamente puede ser establecido por ella o la ley. Sustantivamente, lo mismo ocurre con la función a cumplir, su finalidad u objeto y sus cometidos. En general, la función corresponderá a la legislativa, judicial, administrativa, contralora, etc. La finalidad u objeto,

²⁰ Así como por ejemplo, en las siguientes obras clásicas de gran circulación en el medio nacional SILVA CIMMA, Enrique, Ob. Cit.; BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Ob. Cit.; DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit.; PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2011. "La Organización Administrativa del Estado", Santiago, Editorial Jurídica de Chile; BOLOÑA KELLY, Germán. 2010. "Organización Administrativa", 2ª Edición, Santiago, Legal Publishing Chile, por nombrar algunas.

²¹ En nuestra opinión, la diferencia entre una y otra denominación radica en que la expresión "potestad organizatoria" pone de relieve el que es precisamente, el ejercicio del poder finalizado de organización, por lo que los principios que la articulan son comunes con la organización administrativa, pero adquieren mayor intensidad y aplicabilidad por suponer el ejercicio de un poder estatal.

²² DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 68 y 69.

corresponderá precisamente a la particular forma de concretizar el bien común o satisfacción de necesidades públicas; y los cometidos corresponden a las tareas o trabajos que tienen el carácter de deberes, comisiones o encargos que el ordenamiento fija a los organismos para el cumplimiento efectivo de sus finalidades²³.

El elemento o característica capital del principio de legalidad consiste precisamente, en que mediante él se confieren poderes o potestades y atribuciones a los diferentes organismos que componen la Administración del Estado, habilitándola para actuar en el marco de una competencia específica, teniendo aquellas, un carácter heteroatributivo.²⁴

Resulta central el comprender que el Derecho es una condicionante sin la cual no pueden darse tanto el origen de los organismos, como su función, finalidad, cometidos, y, atribuciones. Sin embargo, desde un punto de vista crítico, la práctica muestra que, si bien para el constituyente y legislador en general puede resultar sencillo definir funciones, finalidades y cometidos de los organismos, no lo es respecto de los facultades, poderes o atribuciones; al mismo tiempo, que se advierten consagraciones legislativas de atribuciones que resultan superfluas; y, finalmente, no se predefinen las decisiones que los organismos pueden adoptar en la actividad de un organismo.²⁵ Esta perspectiva práctica atempera en gran medida el planteamiento de cierto sector de la doctrina en cuanto a la exigencia de que las potestades conferidas por el legislador son tasadas y acotadas, no absolutas, en cuanto a que poseerían un límite bien precisado²⁶.

Lo cierto, es que en la práctica dado el uso frecuente de plantillas o modelos de atribuciones por el legislador, no se establece ese listado de forma exhaustiva y completa, sin perjuicio de que es una constante su afectación a finalidades u objetos específicos del servicio u organismo de que se trate. El resolver este problema a través de una interpretación estricta, supone paralizar el funcionamiento del Estado, por lo que, es relevante reconocer, que existen atribuciones que son esenciales a los organismos públicos. Esta clase de atribuciones corresponden a poderes o atribuciones que innegablemente pertenecen a los organismos, que no pueden negarse por el expediente de la legalidad formal. De tal manera, es que la potestad reglamentaria ejercitada dentro de

²³ MORAGA KLENNER, Claudio. 2008. Ob. Cit. P. 312.

²⁴ CORDERO VEGA, Luis. 2015. "Lecciones de Derecho Administrativo", Santiago, Legal Publishing Chile. P. 77.

²⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. 2008. Ob. Cit. P. 314 y 315.

²⁶ SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. Cit. P. 178.

los contornos del ordenamiento permite en definitiva satisfacer las finalidades que el legislador puso a cargo de aquel organismo.²⁷

Así, existe una vinculación “positiva” de la Administración del Estado al Derecho, en tanto que no basta la inexistencia de un precepto prohibitivo de actuación, sino que, además, debe existir en general una norma previa que habilite al organismo de que se trate, encontrando su fundamento jurídico en los artículos 6, 7, 24 y 65 inciso 4° N° 2 de la Constitución, de manera que la falta de una previsión normativa o careciendo de facultades, la Administración se ve impedida de actuar. Del mismo modo, la vinculación “negativa” al Derecho, exige que exista adecuación de parte de la Administración a un marco legal general, sin que viole o transgreda ninguna norma²⁸.

Así las cosas, la vinculación de la Administración con el Derecho se presenta respecto de las diferentes fuentes formales, siendo una vinculación más o menos intensa en tanto es el mismo ordenamiento el que define si es que la vinculación es total o relativa²⁹. Lo anterior, es sin perjuicio de que existan potestades o poderes que se ejercen de forma discrecional, las que se encuentran condicionadas por la misma ley³⁰, principalmente, por el expediente de la exigencia de una necesaria y completa motivación en la dictación del acto administrativo de que se trate.

En cuanto a la organización administrativa, el principio de juridicidad conlleva a que sea única y exclusivamente la ley la que puede crear organismos públicos encargados de ejecutar la función pública, determinando sus funciones y atribuciones³¹. En otras palabras, el enfoque orgánico del principio de legalidad se encuentra íntimamente ligado a la creación de los organismos de la Administración del Estado³², además de su supresión y/o

²⁷ MORAGA KLENNER, Claudio. 2008. Ob. Cit. P. 315 a 319.

²⁸ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 69 y 70. Debe precisarse que en el texto original del Profesor DANIEL ARGANDOÑA cita al artículo 62 N° 2, sin embargo, en la actualidad producto de la dictación de la Ley N° 19.526 dicho precepto corresponde (sin entrar al análisis de los matices y alcances de la modificación realizada) al artículo 65 N° 2.

²⁹ PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. 2015. “Bases de la Organización Administrativa en Chile. Principios, Normas y Estado Actual” En: BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis (Coord.) “Administración Territorial en Chile. Estudios sobre Descentralización y Desconcentración Administrativa”, Santiago, Legal Publishing Chile. P. 51.

³⁰ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 70.

³¹ SOTO KLOSS, Eduardo. 2012. “Derecho Administrativo. Temas Fundamentales.” 3ª Edición, Santiago, Legal Publishing Chile. P. 171.

³² DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 70 y 71.

modificación. En efecto, en términos generales y a modo ejemplar³³, la Constitución dispone la reserva legal en la creación de los organismos y servicios de la Administración del Estado, ley que debe ser de iniciativa exclusiva presidencial, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 65 inciso 4° N° 2. Igualmente, la Constitución ordena al legislador el determinar la organización básica de la Administración del Estado, según lo prescrito en el artículo 38³⁴.

2. El principio de competencia.

Desde el punto de vista de la actividad de la Administración del Estado, la validez de sus actuaciones es evaluada considerando si es que aquella actividad fue o no ejecutada dentro de los márgenes que la ley misma ha definido como sus atribuciones. Ese preciso espacio de atribuciones determina el grado de capacidad legal que la Administración tendrá para esa actuación. Ese espacio de atribuciones corresponde a la competencia, la que al mismo tiempo, caracteriza a una repartición distinguiéndola de otra.

La competencia emerge como un elemento objetivo definido por la Constitución y/o la ley, que es posible considerarla como una capacidad legal para actuar, donde al mismo tiempo el funcionario constituirá el elemento subjetivo del órgano.³⁵

La competencia se define entonces como “(...) el complejo de funciones y atribuciones atribuido a un órgano administrativo, o -más simple- como la medida de potestad atribuida a cada órgano”³⁶. Del mismo modo, el profesor SILVA CIMMA la define como “(...) el ámbito de acción de las personas públicas o servicios públicos”³⁷.

Así, la competencia es descrita como un conjunto de poderes jurídicos con que el Derecho dota, provee, o habilita a un órgano de la Administración del Estado para que en su actuación se le imputen unitariamente los efectos de ésta, y pueda cumplir los fines previstos por el legislador.³⁸

De lo anterior, se dirá entonces, que la competencia es irrenunciable, específica e imprescriptible. El que sea irrenunciable importa que su ejercicio es obligatorio para la Administración cada vez que está en presencia de la necesidad pública para la que el

³³ El estudio particular se abordará en el acápite destinado a los titulares, procedimiento y límites de la potestad organizatoria.

³⁴ PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. Ob.Cit. P. 53.

³⁵ Ibid. P. 55.

³⁶ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 105.

³⁷ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 87.

³⁸ SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. Cit. P. 173.

legislador le confirió una potestad. En cuanto a su especificidad, implica que es formal y expresamente prevista en el ordenamiento de forma previa, al mismo tiempo que conlleva cierta especialidad, en tanto que es atribuida a un órgano en particular, y no a otro. El que sea imprescriptible, importa que su ejercicio no produce su agotamiento o extinción, sin perjuicio de que el legislador siempre puede alterarla o inclusive, extinguirla.³⁹

La actuación administrativa se encuentra circunscrita dentro de los límites que la ley ha señalado, no pudiendo alterarse las reglas de competencia, siendo su cumplimiento más que una facultad, una obligación.⁴⁰

2.1. La modificación de la competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley ha previsto ciertas hipótesis en las que la competencia puede verse alterada, tal como ocurre con la avocación, la delegación y la suplencia de servicio.

a. La avocación.

La avocación consiste en que un órgano superior atrae para sí el conocimiento y resolución de un caso que se encontraba en poder de un inferior sin que exista o medie el ejercicio de un recurso de apelación. En todo caso, la avocación será procedente en la medida de que la competencia no haya sido atribuida de manera exclusiva y excluyente a un determinado organismo.⁴¹

Cabe precisar que no resulta procedente en el caso de las entidades autónomas o descentralizadas, dado que no existe una relación de jerarquía con el órgano superior del Estado, sino que opera la supervigilancia. Siendo un instituto de excepción, debe existir una norma que la autorice.⁴² Igualmente, se debe señalar que la avocación es una consecuencia del principio jerárquico, en particular, del poder de revisión como se verá más adelante.

b. La delegación.

Por su parte, la delegación consiste en que un órgano superior traslada la competencia a un órgano inferior, constituyendo un fenómeno inverso al de la avocación.⁴³

³⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. Ibid. P. 176 a 179.

⁴⁰ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 88.

⁴¹ Ibid. P. 90.

⁴² CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 108.

⁴³ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 88.

En concreto, la delegación supone el desprendimiento de un deber funcional, traspasando el ejercicio de la potestad, no su titularidad, quedando al arbitrio del superior la oportunidad en la que la realizará. Se exige una norma expresa que la autorice, sin resultar procedente ante el silencio de la norma en tanto que los titulares de la competencia no pueden disponer de ella como un derecho subjetivo, ya que es una norma atributiva de competencias. En dicho carácter, involucra a dos órganos simultáneamente: al delegante y al delegado.⁴⁴

La delegación se regula en el artículo 41 de la LOCBGAE, normando no sólo sus requisitos sino también estableciendo una forma específica de delegación, que es la “delegación de firma”.

La delegación en general exige desde un punto de vista subjetivo, que (a) que el delegante tenga atribuida la potestad de delegar y que delegue atribuciones que le son propias⁴⁵, (b) los delegados deben ser subordinados o dependientes del delegante. A su vez, desde un punto de vista objetivo, la delegación debe (a) recaer sobre materias específicas y ser parcial, y, (b) el acto administrativo delegatorio debe ser publicado o notificado, según corresponda.

En cuanto a sus efectos, la delegación es esencialmente, revocable por el delegante, en cualquier momento, sin perjuicio de que mientras no se produzca dicha revocación, el delegante está impedido de ejercer la competencia. En cuanto al régimen de responsabilidad, la ley prescribe que será responsable el delegado por las actuaciones o decisiones administrativas que se adopten, sin perjuicio de la responsabilidad que le asiste al delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización.

Por último, la “delegación de firma” consiste únicamente en la autorización de un órgano inferior para firmar decisiones ya tomadas por el órgano delegante, y en la práctica se traduce en la utilización de la fórmula “por orden de” la autoridad superior. Al no trasladarse la adopción de la decisión no es precisamente la traslación del ejercicio de una competencia, sino que es una medida de gestión interna para no producir el retardo en la adopción de las decisiones, de manera que exista una disminución en la carga de trabajo de la autoridad.⁴⁶

⁴⁴ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. p. 108 y 109.

⁴⁵ Ibid. P. 109.

⁴⁶ VALDIVIA OLIVARES, José Manuel. Ob. Cit. P. 84.

c. La suplencia de servicio.

Por su parte, la suplencia de servicio se encuentra regulada en el artículo 38 de la LOCBGAE, bajo el entendido de que la presencia de los organismos de la Administración del Estado no se encuentra garantizada para todas las localidades, en tanto no pueden tener oficinas en todo el territorio nacional, la ley permite que donde no exista un determinado servicio, sus funciones sean asumidas por otro.⁴⁷ La ley exige la celebración de un convenio suscrito entre los jefes superiores de cada servicio, debiendo aprobarse mediante un acto administrativo de la autoridad que sea competente.

2.2. Los factores de la competencia.

Igualmente, la competencia se encuentra sujeta a tres elementos que la delimitan o determinan en cuanto a su ámbito específico de acción: la materia, el territorio y el grado.

i. La materia.

Corresponde al contenido específico sobre el que versa la competencia, el objeto sobre el que recae y el órgano que debe ejecutarlo. Corresponde al conjunto de tareas, cometidos, funciones, que debe ejecutar el órgano de la Administración al que le ha sido asignado.⁴⁸

Dice relación con el atributo de especialidad al que antes se hizo referencia, en tanto que se determina por el ordenamiento respecto de cada órgano en particular a fin de que presten un servicio o satisfagan una determinada necesidad pública.⁴⁹ En otras palabras, “(...) supone una fórmula de atribución de competencias que atiende al asunto, fin u objetivo que se pretende abordar o cumplir”⁵⁰.

Tal como se anunció, se sigue de estas ideas, que la competencia deviene en específica y tiende a la especialización de los organismos de la Administración del Estado a fin de cumplir las finalidades que el constituyente y/o legislador puso de su cargo.

Igualmente, la competencia en cuanto a la materia puede distinguirse en interna y externa, donde la primera corresponde a la que se atribuye a los diferentes órganos o

⁴⁷ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 110 y 111.

⁴⁸ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 72.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Ob. Cit. P. 384.

funcionarios al interior de un servicio y la segunda, a la que se otorga a un servicio y a otro, considerados como un todo.⁵¹

ii. El territorio.

Es el ámbito y límite físico y espacial en el que actúan los órganos públicos, pudiendo corresponder a una extensión territorial nacional, regional, provincial o comunal, según lo determine la ley.⁵²

iii. El grado.

La Administración del Estado se ordena de manera jerárquica, y ello trae consigo que los asuntos sometidos a su conocimiento sean resueltos de forma sucesiva por diversos o diferentes órganos, vinculados por una línea jerárquica. Así, el grado es la posición que cada órgano ocupa y que del mismo modo, permite determinar el conjunto de poderes que se le asignan en virtud de esa específica posición.⁵³

Del mismo modo, de acuerdo al grado, existirán servicios que conocerán de los asuntos en único grado o en segundo, etc.⁵⁴, y de acuerdo a la posición que ocupa el órgano de la Administración, lo va a acercar o alejar del centro de poder que representa el Presidente de la República y sus Ministros.⁵⁵

Tanto la materia como el territorio permitirán determinar al interior de los sistemas de organización administrativa, el grado de centralización o descentralización, donde se podrán clasificar cruzando estas diferentes categorías o puntos de vista.⁵⁶

2.3. Las contiendas de competencia.

Si una entidad administrativa se aparta de los preceptos legales o constitucionales en este contexto, es indudable que será incompetente, adoleciendo la actuación de un vicio que en general se entiende como un exceso de poder o atribuciones, en tanto ha ocurrido una invasión en la esfera de competencia de otros poderes públicos, o bien entre personas jurídicas administrativas distintas, y aún, al interior de un mismo organismo administrativo.⁵⁷

⁵¹ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 88.

⁵² DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 73.

⁵³ Ibid. P. 74.

⁵⁴ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 89.

⁵⁵ PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. Ob. Cit. P. 60.

⁵⁶ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 74.

⁵⁷ Ibid. P. 75 y 76.

De esta manera, esa invasión podrá dar lugar a una nulidad por incompetencia⁵⁸ o bien, dará origen a un conflicto de competencias, resolviéndose de diversas formas, dependiendo del tipo de invasión de competencias que se haya producido.

Así, si se presenta entre diferentes poderes públicos, específicamente, entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 N° 3 de la Constitución, el Senado las resolverá en atención a su atribución exclusiva.

La segunda regla que se presenta corresponde a lo establecido en el artículo 76 de la Constitución y el artículo 191 inciso final del Código Orgánico de Tribunales, en tanto que se establece que la Corte Suprema deberá conocer de las contiendas de competencias que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia que no correspondan al Senado.

La tercera regla, es la contenida en el artículo 126 de la Constitución, que dispone que la ley determinará la forma en la que se resolverán las contiendas de competencias que puedan presentarse entre autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales, al mismo tiempo, que establecerá el modo de resolver las discrepancias que se presenten entre el gobernador regional y el consejo regional, y, entre el alcalde y el concejo.

Del mismo modo, se identifica un cuarto caso⁵⁹, a propósito del control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional con arreglo al artículo 93 N° 16 de la Constitución⁶⁰, conforme al cual, debe resolver sobre la constitucionalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma cuando se refiera a un supuesto de invasión a las materias que son de estricta reserva legal contenidas en el artículo 63 de la Constitución, a requerimiento de cualquiera de las cámaras. Se extiende la aplicación de la norma a aquellos vicios que no se refieran a la anterior hipótesis, con la salvedad de que se exige la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la cámara de que se trate, para deducir el requerimiento.

En segundo lugar, las normas relativas a la solución de conflictos de competencias entre dos personas jurídicas diferentes y al interior de un mismo servicio, se resuelven de

⁵⁸ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Ob. Cit. P. 385.

⁵⁹ PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. Ob. Cit. P. 62.

⁶⁰ No obsta al planteamiento, que en la práctica por medio de este expediente, este mecanismo se haya utilizado para cuestionar las decisiones políticas del gobierno de turno. Así, por todos, VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Ob. Cit. P. 332.

conformidad al artículo 39 de la LOCBGAE. Dicha norma establece que si se trata de autoridades dependientes o vinculadas con distintos Ministerios, decidirán en conjunto los Ministros correspondientes, y en caso de desacuerdo, resuelve el Presidente de la República. En caso de que las contiendas surjan entre autoridades que dependen de un mismo superior jerárquico, serán resueltas por éste.

Finalmente, el profesor DANIEL ARGANDOÑA es de la opinión que en los casos que se refieran a autoridades administrativas que no tengan como superior jerárquico de manera común al Presidente de la República, debiera resolver la Contraloría General de la República mediante dictamen.⁶¹

3. El principio de la unidad.

La organización de la Administración del Estado exige que para satisfacer las necesidades públicas que el legislador ha puesto a su cargo, la existencia de un centro unitario hacia donde todos los diferentes órganos se ordenen y coordinen, de manera que pueda existir una administración funcionalmente eficaz.⁶²

En otras palabras, supone que no existan interferencias de unos organismos con otros, previniendo la existencia de contiendas que impliquen la paralización de la Administración del Estado.⁶³

De esta forma, la unidad se manifiesta a través del principio de jerarquía y la supervigilancia, donde cada uno tendrá una fisonomía propia y particular.

Si bien parte de la doctrina distingue a la jerarquía como un principio particular e independiente en los principios de la organización administrativa, estimamos que adquiere mayor sentido y contextualización el entenderlo al interior del principio de unidad, toda vez que el legislador en la práctica, al momento de decidir implementar ya sea un régimen basado en la jerarquía o en la supervigilancia, siempre discurre bajo un supuesto basal: la Administración del Estado es una sola, de manera que siempre debe existir unidad de acción.

El “centro de gravedad” al que da lugar la existencia de un centro de dirección política como es el Presidente de la República, respecto del cual toda la Administración del

⁶¹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 76.

⁶² Ibid.

⁶³ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 87.

Estado se encuentra vinculado en alguna medida, manifiesta su influencia de manera relativa. De esta manera esa fuerza se manifestará en menor medida en el caso de la tutela o supervigilancia, donde se limita el mando y control que aquel ejerce.⁶⁴

3.1. Principio de jerarquía.

Para la actuación armónica de la Administración, resulta necesario el que exista una relativa centralización de las directivas en una autoridad única. Por ello, en general, los servicios que componen la Administración del Estado se organizan y vinculan de una manera jerárquica, esto es, de un modo piramidal, ubicándose en la cabeza de este ordenamiento, el Presidente de la República, luego, los Ministerios, después los servicios dependientes de los Ministerios, las Divisiones, etc. Del mismo modo, los funcionarios o empleados de la Administración, se encuentran ligados entre sí por un vínculo en el que se distingue un superior y un inferior, ordenados de acuerdo a la finalidad de la función pública.⁶⁵

La unidad de acción es una consecuencia de la aplicación del principio de jerarquía, en la que debe existir una relación de órganos y funcionarios que permita un ejercicio del poder entre superiores y aquellos que se encuentran subordinados. Resulta así que la coordinación es un resultado de la jerarquía, entendida esta última, como una relación de poder y obediencia entre los diversos órganos y funcionarios.⁶⁶

De este modo, la jerarquía “(...) es una relación que se da entre dos o más sujetos en cuya virtud uno o algunos están supra ordenados respecto de otro u otros que le están subordinados (...)”⁶⁷.

El grado de subordinación con el jerarca máximo es relativo, y usualmente se realiza de manera mediata a través de otros órganos o unidades intermedios, tales como las secciones, departamentos, e inclusive, la jefatura del servicio, llegando luego, al Ministerio y posteriormente, al Presidente de la República.⁶⁸

⁶⁴ MORAGA KLENNER, Claudio. 2020. Ob. Cit. P. 3.

⁶⁵ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 102 y 103.

⁶⁶ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 77.

⁶⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. Cit. P. 189.

⁶⁸ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 77.

Ahora bien, en cuanto a los elementos de la jerarquía, la doctrina indica que al jerarca le asisten una serie de poderes o potestades, que mientras más centralizado es, mayor intensidad tienen.⁶⁹ En este contexto, los poderes corresponden a los siguientes:

- i. Poder de dirección o potestad de mando.

En el contexto en el que la Administración cuenta con una dotación de agentes disciplinados y jerarquizados⁷⁰, la potestad de mando consiste en la facultad de dictar órdenes, instrucciones o planes obligatorios para los subalternos, siendo necesarios para su actuación. Dichas órdenes implican la imposición de una conducta, que supone un hacer o no hacer al inferior, con respecto a un asunto o asuntos concretos. Las instrucciones a su vez, son directivas de funcionamiento interno de un órgano o sobre la interpretación de un precepto legal determinado. Los planes a su vez, constituyen políticas generales de orientación para el cumplimiento de las tareas o finalidades del servicio, importando una programación de actividades.⁷¹

De este modo, se regula mediante actos administrativos generales o singulares según el sujeto imperado por estas.⁷² La potestad de mando supone que exista una obediencia reflexiva de parte de los subordinados. Así, el artículo 61 letra f) del Estatuto Administrativo, dispone que es una obligación de los funcionarios, obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico. Al mismo tiempo, el artículo 62 del mismo cuerpo legal, relativiza el alcance de la norma, al establecer que si el subordinado considerare ilegal la orden impartida, podrá representarla. En tanto que es una orden que vulnera el ordenamiento jurídico, le asiste la obligación de representar esta orden, la que además no

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ SILVA CIMMA, Enrique. Ob. Cit. P. 101.

⁷¹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 102.

⁷² SOTO KLOSS, Eduardo. P. 191. Debe precisarse que el profesor SOTO KLOSS denomina a esta potestad como "potestad normativa", en tanto que "Tal vez por ser este poder el que primero aparece es que adquiere una regulación mayor e incluso resulta casi sinónimo de poder jerárquico a secas. Y puedo que implica "ordenar" (dictar órdenes) es que suele ser más conocido como "poder de mando" o "potestad de mando", pero es evidente que más técnico es denominarlo como hacemos, "poder normativo", pues incluye a ésta, que suele referirse más bien al poder normativo por vía particular o singular (órdenes)". Sobre el particular, consideramos que la práctica supera con creces el planteamiento, toda vez que el suponer que toda orden emanada de un superior deba constar en un acto administrativo, implicaría eventualmente paralizar a la Administración. Al mismo tiempo, consideramos que la denominación "potestad normativa" evoca de forma más clara a la Potestad Reglamentaria.

es necesario que deba ser elaborada, sino que descansa en que el funcionario estima o le parece ilegal⁷³.

La norma en comento agrega, que la representación deberá realizarse por escrito. En caso de que el superior insista o mantenga la orden por escrito, el funcionario se encuentra obligado a cumplirla, sin perjuicio de que queda a salvo de la responsabilidad que se configure a propósito de esta actuación, recayendo completamente en el superior que insistió en la orden. La obediencia reflexiva constituiría una especie de control difuso de legalidad, ya que cualquier funcionario puede representar la ilegalidad de una orden, y del mismo modo, mientras no se insista, hecha la presentación que contiene la representación, debe entenderse suspendida la ejecución de la orden.⁷⁴

ii. El poder de revisión.

El superior puede revocar, invalidar, reformar o inclusive, sustituir, de oficio o a petición de parte, la decisión emitida por el subordinado. Si es a petición de parte, operará la revisión a través del recurso jerárquico, y si es de oficio, lo hará a través de la avocación.⁷⁵

El recurso jerárquico recogido en general en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, importa que el interesado reclame sobre un acto administrativo ante el órgano superior, el que deberá pronunciarse a fin de dejar sin efecto, reemplazar o modificar el acto impugnado que ha sido emitido por el inferior, respecto del cual existe una relación de dependencia y jerarquía.⁷⁶

iii. El poder disciplinario.

El superior tiene también la facultad de hacer efectiva la responsabilidad administrativa en la que pueda incurrir el subalterno en el ejercicio de sus funciones, por infracción a las normas que establecen los deberes, obligaciones y prohibiciones estatutarias, previa instrucción de un procedimiento administrativo disciplinario (sumario administrativo o investigación sumaria), debiendo aplicar únicamente las sanciones previstas en la ley (censura, multa, suspensión o destitución).⁷⁷

⁷³ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 103.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. 2009. "Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena" En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (Coord.) "Derecho Administrativo: 150 años de doctrina". Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 312.

⁷⁷ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 103.

iv. El poder de control.

El jerarca ostenta además, respecto de sus subordinados, la facultad de verificar que las actuaciones se sujeten a la ley y a los programas de gestión definidos con anterioridad. Esta facultad de examinar el quehacer del subordinado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 11 y 12 de la LOCBGAE, importa que el control jerárquico se ejecute de manera permanente, es decir, antes, durante y después de la actuación. Al mismo tiempo, el control jerárquico comprende varios elementos, y no solo la legalidad y la oportunidad. Comprende además a la eficiencia y la eficacia, como el aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles y la obtención de los resultados perseguidos, respectivamente. Igualmente, se presentan ciertos límites, esto es, que se ejerce en los niveles que corresponda, y al mismo tiempo, es sin perjuicio de las obligaciones propias del personal, esto es, no importa subrogarse en las labores del subalterno.⁷⁸

v. Potestad o poder de nominación o nombramiento.

Refiere a la potestad que tiene el jerarca de nombrar y remover a las autoridades o los funcionarios, según corresponda, con arreglo a la ley.⁷⁹

3.2. La supervigilancia.

En tanto que el crecimiento de la Administración junto con la creciente multiplicidad y variedad de necesidades públicas ha llevado a que la práctica legislativa vaya dando lugar a la creación de organismos que no están vinculados de manera jerárquica a la autoridad central, de manera que puedan dar lugar a una mejor realización de sus cometidos, sin perjuicio que de conformidad al artículo 24 de la Constitución, la Administración del Estado ha sido encomendada y confiada al Presidente de la República.⁸⁰

La creación de organismos autónomos con poder de decisión incompatible con un régimen jerárquico integral, supone la entrega de responsabilidades específicas sobre los intereses que deben ser realizados a través suyo, por lo que el legislador ha de establecer poderes específicos de supervigilancia o tutela en tanto no se presumen, debiendo ser expresados o tasados por el legislador.⁸¹

⁷⁸ Ibid. P. 105.

⁷⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. Cit. P. 191.

⁸⁰ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 80.

⁸¹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit.. P. 81.

En tanto el Presidente de la República es el Jefe de Gobierno y de la Administración del Estado, de conformidad al artículo 28 de la LOCBGAE los servicios públicos se encuentran bajo su dependencia o supervigilancia, que se ejercita a través de los respectivos Ministerios. nivel de supervigilancia que se ejercita mediante los Ministerios es diverso, en tanto que la vinculación puede darse en un grado diferente, pudiendo presentar de forma bastante estrecha (como ocurre con la dependencia) o de forma mas suelta (como ocurre con la relación)⁸².

La supervigilancia se presentará respecto de organismos descentralizados, los cuales gozan de una relativa autonomía, o de independencia mayor, en tanto que la ley les consagra personalidad jurídica o patrimonio propio, verificándose un control atenuado o indirecto.⁸³⁻⁸⁴

La supervigilancia se ejercitará sobre tres áreas: (a) sobre el personal, al intervenir en la designación y a veces, inclusive, en la remoción de los directivos superiores de un organismo descentralizado, en tanto que históricamente ha predominado los criterios de confianza política⁸⁵, o también, a través del ejercicio del poder disciplinario sobre los jefes superiores⁸⁶, (b) sobre los actos, en tanto interviene la administración centralizada de forma preventiva para dar su aprobación respecto de la dictación de ciertos actos administrativos, o también, de manera represiva al ejercitar controles sobre el organismo descentralizado⁸⁷; y, (c) a través de la asignación del presupuesto destinado a ejecutar por el servicio de que

⁸² CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 139.

⁸³ CARMONA SANTANDER, Carlos. P. 140.

⁸⁴ Como una nota particular y sin perjuicio de que dicha discusión excede con todo los límites de este trabajo, se debe señalar que profesor Claudio MORAGA KLENNER precisa que organizacionalmente respecto de los servicios públicos debe distinguirse aquel que es independiente del que es autónomo. El primero se recoge expresamente en el inciso 2° del artículo 28, caracterizándose por relacionarse directamente con el Presidente de la República sin la mediación o intervención de un Ministerio por lo que el grado de sujeción o dependencia será especialmente intenso. A su vez, los organismos autónomos pueden tener un origen constitucional, ostentando diversas naturalezas y funciones (como las Municipalidades en la función administrativa, o el Tribunal Constitucional en la función jurisdiccional, por ejemplo) vinculándose con el Presidente de la República como otro poder del Estado, o bien, un origen legal. Por su parte, los organismos legales autónomos "(...) son pura creación del legislador; sus leyes orgánicas no son parte del Derecho Constitucional chileno. De allí que la doctrina nacional las haya considerado como una subespecie de organismo descentralizado, integrante de la Administración y como tales, vinculadas con el Presidente de la República a través de un Ministerio y sujetas a tutela o supervigilancia de aquél" por lo que naturalmente, el grado de sujeción o dependencia será menor. Por todos, MORAGA KLENNER, Claudio. 2020. P. 9 y siguientes.

⁸⁵ VALDIVIA OLIVARES, José Manuel. Ob. Cit. P. 90.

⁸⁶ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit. P. 82.

⁸⁷ VALDIVIA OLIVARES, José Manuel. Ob. Cit. P. 90.

se trate, en tanto que dicha materia es objeto de una ley de exclusiva iniciativa presidencial⁸⁸.

4. Principio de eficiencia y eficacia.

En tanto que a la Administración se le exige el cumplimiento de metas y la obtención de resultados en su actuar, a fin de satisfacer las necesidades públicas en óptimas condiciones.⁸⁹

La eficiencia y la eficacia son imperativos para la Administración del Estado que se encuentran íntimamente vinculados, y que apuntan precisamente, a la óptima materialización de los fines del Estado. La eficiencia en materia de organización, refiere a que el organismo debe contar con los factores aptos para producir una acción determinada, correspondiendo a un juicio sobre el conjunto de la organización, al tiempo que la eficacia mira a que aquellos factores tengan los atributos y menciones para obtener esa acción determinada, es decir, realizar una ponderación de esos factores para cumplir con sus fines.⁹⁰

La eficacia supone que deba realizarse un control de resultados por parte de la Administración, proyectándose en áreas que no solamente miran al aspecto meramente organizacional en su estructura, sino además a la forma en la que esa estructura realiza sus actuaciones en áreas críticas de su gestión.

De esta manera, el control de resultados presenta diversas manifestaciones⁹¹:

- a. Elemento del control jerárquico: El artículo 11 de la LOCBGAE dispone que el control jerárquico se extiende a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, sin limitarse a la legalidad u oportunidad.
- b. Elemento de control financiero: El artículo 51 del Decreto Ley N° 1.263 sobre administración financiera del Estado, exige que el sistema de control financiero comprenda todas las actuaciones encaminadas a cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos públicos. El propósito de dicho control es que por una parte, se verifique por parte de la Contraloría el acatamiento de las disposiciones legales y reglamentarias, ya sea mediante la toma de razón, o la

⁸⁸ Ibid. P. 140.

⁸⁹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 122.

⁹⁰ BOLOÑA KELLY, Germán. Ob. Cit. P. 75 y 76.

⁹¹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 122, 123 y 124..

solicitud de Informes a los servicios, o auditorías, o bien, mediante el examen y juzgamiento de las cuentas de los organismos públicos. Por otra parte, se realiza mediante un forma de autocontrol a través de la verificación del cumplimiento de fines y obtención de metas programadas por parte de la misma Administración.

- c. Elemento de la evaluación de resultados: El artículo 52 inciso 3° del Decreto Ley N° 1.263 establece que los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo de institucional, pueden ser evaluados en cuanto a su buena inversión y correcta asignación. Del mismo modo, la ley ordena que se realice un informe anual que incluya el balance de la ejecución presupuestaria y la elaboración y difusión de los resultados de su gestión operativa, con el cumplimiento de los objetivos, tareas y metas a que se obligó.
- d. Elemento de probidad: de acuerdo con el artículo 53 de la LOCBGAE, el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para materializar una gestión eficiente y eficaz. Si se incurre en conductas que vulneran los deberes de eficiencia y eficacia, que impliquen un grave entorpecimiento del servicio o una del ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, se produce una falta grave a la probidad.
- e. Elemento remuneracional: Dice relación con la asignación de modernización, y que corresponde al pago de una suma de dinero a los funcionarios por el cumplimiento de metas que se fija el propio servicio.
- f. Asignación presupuestaria: De conformidad a la ley N° 19.646, la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda cuenta con la atribución de requerir información acerca de los objetos e indicadores de gestión, así como de evaluación de programa para lograr una mejor utilización de los recursos del Estado. Igualmente, cuenta con la facultad de supervisar el cumplimiento de objetivos y metas a que los organismos de la Administración del Estado se hubieran obligado.
- g. Premio por excelencia: La ley N° 19.882 en su artículo sexto, establece un premio anual por excelencia institucional a contar del año 2003, para el servicio que resalte en el cumplimiento de los resultados alcanzados en su gestión, en la eficiencia institucional y en la productividad de los servicios proporcionados a los ciudadanos.

C. Las condiciones de ejercicio de la potestad administrativa organizatoria: titulares, límites y procedimiento.

La potestad administrativa organizatoria en cuanto poder del Estado, comparte las características esenciales de toda potestad estatal: es un poder jurídico sometido de manera estricta al Derecho en cuanto ha sido consagrado de forma explícita en la Constitución y/o la ley, posee un carácter unilateral y coactivo, sirve y también se vincula su ejercicio, a la tutela de intereses públicos que han sido definidos por el legislador⁹².

En este contexto la Constitución y la ley han dispuesto un sistema de distribución de competencias para el ejercicio de la potestad organizatoria, en la que resulta relevante el analizar quienes son sus titulares, el procedimiento a cuyo través se ejercitará y los límites de aquella. Dicha propuesta de análisis no está exenta de dificultades teóricas, toda vez que los diversos aspectos se presentan de forma interdependiente, verificándose la existencia de vasos comunicantes entre ellos.

1. Titulares.

En el marco de la distribución de competencias asociadas a la potestad organizatoria, el sistema chileno descansa esencialmente en el rol preponderante y central que juega la ley, entregándose directamente al legislador la configuración de los organismos y la forma en la que se distribuirán las competencias, convocando en ciertas hipótesis al Presidente de la República, abriendo un espacio para la Potestad Reglamentaria. De este modo, desde el punto de vista de las fuentes formales, la Constitución fija una triada en la que concurre sus propias normas, la ley y eventualmente, la potestad reglamentaria.

En este punto, la jurisprudencia constitucional es extremadamente relevante, dado que hasta la sentencia rol N° 2.367-12-CPT del Tribunal Constitucional, había sido de la opinión constante de negar la procedencia de la potestad organizatoria de la Administración en tanto era una materia reservada de manera estricta para el legislador, inclusive, no admitía la colaboración reglamentaria ni siquiera a pretexto de una autoadministración por parte de los jefes de servicio.⁹³

⁹² FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2007. "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno". "Revista de Derecho" Vol. XX (2): 69-94. P. 76.

⁹³ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. Ob. Cit. P. 324 y 325.

A partir de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional cambia el criterio imperante articulando una nueva forma de entender las condiciones de ejercicio de la potestad organizatoria. El pronunciamiento del Tribunal se produce a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados, liderados por el Diputado señor Gabriel Silber, respecto del artículo 3 del proyecto de ley que crea el Ministerio del Deporte⁹⁴, y que refiere a la organización de dicho Ministerio, y que en su concepto, vulnera la reserva legal dispuesta por la Constitución en los artículos 63 y 65, en la que el Reglamento no tendría cabida.

El Tribunal en síntesis, expone algunas ideas que son estructurales tanto respecto de los titulares de la potestad organizatoria, como del procedimiento para ejercitarla y sus límites: (a) que es la ley (ya sea una de quórum calificado o una ley simple) la que debe crear los ministerios y servicios; (b) el crear es distinto de organizar, la primera actividad es más amplia y contiene a la segunda; (c) la ley puede convocar al Presidente de la República a través de la potestad reglamentaria de ejecución consagrada en el artículo 32 N° 6 de la Constitución, limitándose a pormenorizar los aspectos esenciales recogidos en la ley; (d) la LOCBGAE establece una mayor plasticidad en cuanto a los niveles jerárquicos y sus denominaciones, en tanto que los niveles que funcionarán “por defecto” siempre pueden ser modificados por el legislador, según cómo califique las circunstancias excepcionales que exige el artículo 27 de aquel cuerpo legal; (e) el devenir de la legislación y de la aplicación práctica hace aconsejable y útil para la correcta marcha de la Administración el que se acepte que pueda convocarse a la Administración en materia organizatoria.

En este planteamiento fundamental, tal como se ha señalado, se instituye la potestad organizatoria por el constituyente, fijando desde un punto de vista práctico como principal titular al legislador, quien debe ejercitarla a través del proceso de formación de la ley, debiendo satisfacer ciertos quórums de aprobación. En tercer término, será el

⁹⁴ El texto impugnado corresponde a los incisos 2° y 3° del siguiente precepto: “Artículo 3°.- La Organización del Ministerio será la siguiente:

1. El Ministro del Deporte
2. La Subsecretaría del Deporte

Un reglamento determinará la distribución temática en las Divisiones del Ministerio, de conformidad a lo señalado en la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el decreto con fuerza de Ley N°1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

En la organización del Ministerio del Deporte no tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.”

Presidente de la República o los Jefes Superiores de Servicio según sea el caso, quienes serán convocados eventualmente en virtud de la ley, ejercitando su potestad normativa a través de la dictación o emisión de actos administrativos, según el procedimiento administrativo.

En el caso del Constituyente, al momento de instituir los diferentes organismos que consagra el texto constitucional, fija de manera directa la composición, competencias y atribuciones en general, que le asiste a aquel órgano determinado, sin perjuicio de que la ley sea convocada para reglamentar de manera concreta aquellos aspectos. Así, por ejemplo, en el artículo 76 y siguientes se reglamenta al Poder Judicial, encomendándose al legislador en el artículo 77, la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales, a través de una ley de quórum calificado.

En el caso del legislador, tal como ya se indicó, será convocado expresamente por el Constituyente, a fin de que proceda con la reglamentación específica según los requerimientos específicos de que se traten, fijando usualmente quóruns especiales de aprobación de la ley de que se trate. En lo que dice relación con los organismos administrativos, el Presidente de la República será convocado en la formación de la ley ordinaria en las cuales tiene iniciativa exclusiva, como lo es en el caso previsto en el artículo 65 inciso 4°, y el caso previsto en el artículo 67 que serán comentados más abajo.

Finalmente, el Presidente de la República será convocado por regla general por expresa disposición de la ley, donde se ejercitará la Potestad Reglamentaria de ejecución.

2. Procedimiento.

Desde el punto de vista de las fuentes formales, la Constitución y la ley (en algunos casos) creará y definirá un órgano o señalará el procedimiento para hacerlo, procedimiento en el que la ley posee un rol fundamental, en la que eventualmente y sobre ciertos y determinados aspectos, convocará al reglamento.⁹⁵ De acuerdo con la Constitución, el procedimiento de formación de la ley ha ordenado y establecido la existencia de ciertos quóruns al mismo tiempo, como se verá, dependiendo del tipo de organismo de que se trate, convocará al Presidente de la República como colegislador en el ámbito de la ley ordinaria.

⁹⁵ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 100.

Así, concretamente, en el primer caso, la Constitución por regla general establece que sea una ley la que reglamente al órgano específico, fijando quórum especiales de aprobación. A modo ejemplar, se exige que la organización y demás atribuciones y funciones del Consejo Nacional de Televisión deban reglamentarse a través de una ley de quórum calificado según lo establecido en el artículo 19 N° 12, al igual como ocurre con las empresas públicas creadas por ley, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21, y que es de exclusiva iniciativa presidencial. Caso similar ocurre con el ejemplo antes expuesto en el que la Constitución exige que la reglamentación del Poder Judicial sea a través de una ley quórum calificado.

A su vez, el artículo 65 inciso 4° N° 2 de la Constitución dispone expresamente que la creación, supresión y determinación de las funciones o atribuciones de los servicios públicos centralizados o descentralizados o de las empresas del Estado, está reservada a una ley que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.. Del mismo modo, incorporamos un caso que la doctrina ha tratado y que tiene bastante relevancia práctica: la Ley General de Presupuestos de cada año, en la que los programas o glosas impactan de forma directa o indirecta en la organización de las entidades estatales, generando equipos a cargo de gestionar un programa determinado, al mismo tiempo que fija la dotación máxima de personal a emplear⁹⁶.

Finalmente, en el caso del Presidente de la República, y de forma más abarcativa la Administración del Estado, el procedimiento que utilizará será esencialmente el procedimiento administrativo fijado por la ley, sea por regla general, el dispuesto por la Ley N° 19.880 u otro específico para el caso de que se trate.

3. Límites.

La creación, modificación o extinción de los organismos administrativos importa que deban establecerse ciertos condicionamientos o límites estrictos para el ejercicio de la potestad organizatoria.

En primer término, tal como ya se indicó, el constituyente de cara al legislador fija exigencias que van desde un punto de vista procesal, como lo es el quórum necesario para la ley de que se trate, pasando por la necesaria intervención de determinados poderes del Estado -como el Presidente de la República- en la formación de la ley, llegando a exigencias

⁹⁶ RAJEVIC MOSLER, Enrique. Ob. Cit. P. 179 y 180.

sustantivas como las específicas materias que de forma indisponible deben reglamentarse por la ley.

A su vez, en segundo término, de manera complementaria, los límites dispuestos esta vez por el legislador al Presidente de la República vendrán dados precisamente por el texto particular y concreto de la ley, y, por la reserva que el mismo constituyente ha realizado en favor del legislador, advirtiéndose el carácter residual de la Potestad Reglamentaria, que será especialmente relevante en la reorganización administrativa.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “(...) el reglamento es convocado únicamente para determinar la distribución temática en las Divisiones, de las funciones y atribuciones que la ley establece. Es, por tanto, un llamado concreto, preciso. El reglamento debe limitarse a denominar las Divisiones y a repartir entre ellas dichas funciones y atribuciones. No puede establecer nuevas atribuciones ni afectar los derechos del personal; no puede significar crear empleos ni fijar remuneraciones”⁹⁷.

La Constitución crea diferentes organismos autónomos de naturaleza administrativa como, por ejemplo, la Contraloría General de la República, las Municipalidades, el Banco Central, etc., estableciendo en aquellos casos, que su estructura orgánica, también deberá ser establecida a través de una ley⁹⁸. En el esquema constitucional, además de reservarse a la ley la reglamentación de los aspectos orgánicos en los términos expuestos, se dispuso como exigencia la existencia de una ley orgánica constitucional que contuviera una organización básica –o de bases– según lo prevenido en el artículo 38 inciso 1°. Dicha ley es la LOCBGAE, la que es uno de los primeros cuerpos normativos en consagrar una perspectiva fundamental, común y conjunta de la Administración del Estado, sometiéndola a estándares generales, con una aplicación transversal, tanto en lo que dice relación con lo orgánico como en lo funcional⁹⁹. Del mismo modo, dicha ley cumple además con la exigencia del artículo 33 de la Constitución relativa a la reglamentación de los ministerios.¹⁰⁰ En efecto, la LOCBGAE se encargó de reglamentar a los ministerios y servicios públicos, además de hacer de guía respecto de la normativa de carácter legal que verse sobre el funcionamiento y organización de la Administración del Estado y los organismos que la

⁹⁷ STC Rol N° 2.367-12-CPT de fecha 16 de enero de 2013, considerando sexagésimo.

⁹⁸ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. Ob. Cit. P. 319 y 320.

⁹⁹ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Ob. Cit. P. 70.

¹⁰⁰ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. Ob. Cit. P. 320.

integran. En tanto estatuto común, reserva a la ley ordinaria el ocuparse de la configuración precisa de cada uno de los servicios públicos.¹⁰¹

En cuanto a la potestad reglamentaria que es convocada por la ley para efectos de ejercitar la potestad organizatoria, en la práctica se evidencia que se presenta en sus dos variables: la potestad reglamentaria autónoma y la potestad reglamentaria de ejecución. En el primer caso, se presentará especialmente en la creación de comisiones asesoras, las que únicamente tienen una labor asesora que no es preceptiva ni vinculante, al mismo tiempo que pueden ser creadas por los Ministros de Estado bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”. En el segundo caso, se presenta usualmente a través de la dictación de reglamentos, que desarrollen los preceptos legales que se enmarquen dentro de la estructura predispuesta por el legislador.¹⁰²

Capítulo II: Una aproximación práctica a la Potestad Administrativa Organizatoria en el contexto nacional.

La potestad organizatoria de la Administración deriva en una potestad de dirección que se ejercita por una regulación que es inferior a la ley, y que es la atribución que el ordenamiento entrega al Presidente de la República y a determinadas autoridades para intervenir en la estructura y diseño de ciertas organizaciones públicas, tanto en su instalación como durante su existencia.¹⁰³

Frente a la necesidad de que la Administración del Estado pueda satisfacer de manera adecuada y oportuna las necesidades públicas, y el imperativo de actuar con eficiencia y eficacia, hace que en la práctica no resulte idóneo el que el legislador detalle las estructuras conforme a las cuales los diferentes organismos ejecutarán las funciones que se les encomienden, y sí pueda la Administración intervenir en la configuración práctica de los organismos, sin perjuicio de que siempre se adecúe a las condiciones vistas en el capítulo anterior.

Es relevante entonces el preguntarse sobre el margen de acción que tiene la Administración para organizar sus propias estructuras internas¹⁰⁴, especialmente de cara a la realización de los cometidos que el legislador ha puesto bajo la tutela de cada organismo.

¹⁰¹ Ibid. P. 321 y 322.

¹⁰² RAJEVIC MOSLER, Enrique. Ob. Cit. P. 183 a 190.

¹⁰³ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. Ob. Cit. P. 327 y 328.

¹⁰⁴ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Ob. Cit. P. 71

En este contexto, la potestad organizatoria, siendo ejercitada por una autoridad, supone tener un fundamento jurídico expreso que, por regla general, será de carácter legal, a excepción del Presidente de la República, en tanto en su caso particular, se afincaría en el artículo 24 de la Constitución Política.¹⁰⁵

La Administración en la práctica para realizar su reorganización recurrirá a la potestad normativa, en particular a la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, de acuerdo al artículo 32 N° 6 de la Constitución, actualizándose a través de la expedición de reglamentos, decretos o instrucciones. Cuestión distinta ocurre con los servicios centralizados y descentralizados, en tanto que es la ley la que los dota de la potestad normativa específica, fijando el marco de su competencia. En el caso de los servicios centralizados usualmente se extiende a la facultad de dictar normas internas e instrucciones que tiendan a su buen funcionamiento.¹⁰⁶ La diferencia fundamental en uno y otro caso descansa en (a) la fuente que consagra la potestad, en el caso del Presidente de la República es la Constitución, y en el segundo caso, por regla general, la ley, y, (b) en el grado de amplitud de la norma que reglamenta esa potestad, que en el caso de la Constitución será amplia, y en el caso de la ley estará limitada a la competencia específica del organismo.

Como desde ya se advierte, cobra especial relevancia para estos efectos la potestad normativa que conlleva la potestad organizatoria. Tal como ya lo advertía SANTAMARÍA PASTOR¹⁰⁷, la potestad organizatoria tiene en su estructura interna, un componente normativo, emparentado con la potestad normativa, a fin de que la herramienta a la cual pueda recurrir la Administración del Estado para la estructuración de su organización interna sea principalmente el reglamento¹⁰⁸ y, en general, el acto administrativo.

Así, la Constitución junto a la ley reglamentarán a los organismos de la Administración del Estado, teniendo un rol protagónico la ley, sin perjuicio de que ésta convoca a la potestad reglamentaria de ejecución en innumerables oportunidades.¹⁰⁹

Siguiendo al profesor Enrique RAJEVIC, quien desarrolla una pormenorización general de las facultades de autoorganización que la ley le confiere a las autoridades

¹⁰⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. Ob. Cit. P. 329.

¹⁰⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. Ob. Cit. P. 330 y 331.

¹⁰⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2018. Ob. Cit. P. 304.

¹⁰⁸ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. Ob. Cit. P. 71.

¹⁰⁹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Ob. Cit. P. 95.

administrativas, resalta de forma estructural, en cuanto a lo normativo, que el sistema se encuentra relativamente sectorializado de acuerdo al organismo de que se trate, en tanto que existen normas asociadas a los ministerios y SEREMIs, las municipalidades y los servicios públicos.¹¹⁰

Al interior de ese esquema, a nivel ministerial, la reorganización se dará en la flexibilidad en el número de Ministros. De acuerdo al artículo 2 del D.F.L. N° 7.912, la llamada “Ley de Ministerios” establece que el Presidente de la República puede ordenar que más de una cartera ministerial coincidan en un mismo titular; al mismo tiempo que de forma refleja, un secretario regional ministerial puede estar a cargo de dos o más carteras de acuerdo al artículo 62 inciso 2° del D.F.L. N° 1/19.175 que fija la ley orgánica constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

A nivel municipal, el artículo 121 de la Constitución establece que las municipalidades podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, al mismo tiempo establecer los órganos y unidades que la ley orgánica respectiva permita.¹¹¹ Sin embargo, en general se establece en la LOCM algunas normas que permiten relativa flexibilidad. Así, el artículo 16 permite la creación de cargos, el artículo 17 refundir dos más funciones genéricas bajo ciertas condiciones, y el artículo 18 consagra un sistema asociativo o de coordinación entre Municipios a fin de compartir unidades. En el mismo sentido, el artículo 44 establece que un mismo funcionario puede ejercer labores simultáneamente en dos o más municipios. Finalmente, en el artículo 30 se consagra la posibilidad de que exista un administrador municipal, en la medida de que a propuesta del alcalde, lo decida el concejo.

Por otra parte, se encuentra la flexibilidad en los servicios públicos, consagrada esencialmente en el artículo 31 inciso 2° de la LOCBGAE, en cuanto a que a los jefes superiores de los servicios tienen la atribución de dirigir, organizar y administrarlos, de manera de establecer la organización interna del servicio, asignando tareas y funciones al personal, aceptándose la concurrencia de la potestad reglamentaria, tal como ya se expuso en relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El pronunciamiento de dicho Tribunal es de gran importancia, toda vez que por una parte, acepta y refrenda la existencia y ejercicio legítimo de la potestad organizatoria al mismo tiempo que originó una nueva

¹¹⁰ RAJEVIC MOSLER, Enrique. Ob Cit. P. 180 a 183.

¹¹¹ El profesor RAJEVIC señala que a la época de publicación de su trabajo antes citado, se encontraba en tramitación un proyecto de ley sobre el particular, Boletín N° 3.768-06, el que sin embargo no prosperó siendo rechazado en el Senado.

forma de entender las condiciones de ejercicio de la potestad organizatoria, tanto en lo que dice relación con sus titulares, como el procedimiento y sus límites, confirmando que el planteamiento de la doctrina resultaba del todo correcto.

En otro orden de ideas, y de manera bastante excepcional, se distingue a través del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, establecida en el artículo 32 N° 6 de la Constitución, la creación de las denominadas “comisiones asesoras”, a las cuales ya se hizo referencia. Del mismo modo, y relacionado con el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, se presenta la situación analizada con anterioridad, de los casos en los que la ley ha convocado el desarrollo de sus preceptos mediante un acto administrativo, de manera de adaptar los organismos al dinamismo de las circunstancias y así satisfacer de mejor forma las necesidades públicas.

Sección Segunda: La buena administración en el derecho chileno.

En las líneas que siguen, se explorará cuál ha sido el tratamiento de la doctrina sobre este nuevo concepto, su recepción como derecho de las personas y de manera más sucinta como un estándar de aplicación en las normas administrativas.

Si bien la buena administración, como estándar, ha sido mencionada y tratada de forma reiterada por la jurisprudencia administrativa, se advierte que la doctrina únicamente le ha dedicado algunos comentarios y secciones concretas.

El enfoque que adoptaremos en lo sucesivo, corresponderá a la indagación y articulación de la “buena administración” como un estándar de aplicación de las normas administrativas, y su utilidad a fin de que en la segunda parte, sea vinculada con la potestad organizatoria, y su recepción por la jurisprudencia administrativa durante el periodo que media entre los años 2016 y 2021.

Capítulo III: La buena administración en la doctrina nacional.

Tal como se anunció, los trabajos sobre “buena administración” no han sido abundantes en la doctrina nacional. Es un concepto que no ha sido mayormente abordado, a excepción de unos cuantos autores¹¹², quienes, en general, no solo realizan un análisis que es constitucional y legal en el derecho nacional, sino que su aproximación se encuentra permeada por el desarrollo y avances que permitió la suscripción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza, en la que se consagró el derecho a la buena administración (art. 41). Este derecho se establece como una facultad subjetiva de la cual es titular una persona, que recoge una serie de derechos públicos subjetivos ya establecidos en las legislaciones internas de los Estados parte¹¹³.

Como punto de partida, se constata que desde el punto de vista del derecho positivo chileno, no existe una consagración explícita de un derecho a la buena administración, ni tampoco un estudio profundo desde la jurisprudencia y la doctrina, independiente de su valor jurídico.¹¹⁴

¹¹² Por todos, MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. Ob. Cit.; LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2017. Ob. Cit.; LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. Ob. Cit.; LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. “El derecho a una buena administración pública en Chile”, Ob. Cit..

¹¹³ MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. Ob. Cit. P. 317.

¹¹⁴ Ibid.

Conceptualmente, en términos generales, la buena administración importa la maximización de aciertos o mejoramiento de o en la actuación del gobierno y de la Administración, a partir del deber de estar en directa consonancia con una realidad material dada y concreta, sea en el área social, política, económica y jurídica.¹¹⁵ Así, la buena administración se relaciona con los medios que posee la Administración del Estado y sobre cómo debe emplearlos, vinculándose íntimamente a la idea de interés general.¹¹⁶

La buena administración se afina en sus fundamentos en el principio de servicialidad del Estado, en tanto que la actuación estatal es evaluada conforme a dicho principio, inclusive, más allá de la legalidad del acto¹¹⁷.

El principio de servicialidad, consagrado en el artículo 1 inciso 4° de la Constitución Política, es el puntal del sistema administrativo chileno, en tanto que es la razón de ser del Estado. En efecto, el Estado está al servicio de la persona humana, siendo su finalidad promover el bien común, que implica además el crear condiciones sociales en las que todos los integrantes de la comunidad nacional puedan alcanzar su mayor realización. Es precisamente, que la Administración del Estado ejecuta sus funciones con el objetivo de alcanzar las finalidades que son transversales a todo el país, que involucra a la sociedad entera.¹¹⁸ Al mismo tiempo, la Administración es el principal instrumento con que cuenta el Estado para cumplir con aquel deber, actuando en pos de una efectiva igualdad de oportunidades y de la eliminación de toda situación que implique una discriminación arbitraria.¹¹⁹ A nivel legal, el principio de servicialidad encuentra consagración en el artículo 3 de la LOCBGAE, donde sintetiza normativamente las ideas antes expuestas, estableciendo una norma que es de general aplicación para la Administración del Estado.

Resultan igualmente relevantes, el principio de juridicidad y el principio de publicidad y de probidad. El principio de juridicidad recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución, tal como ya fue indicado más arriba, normativamente importa que todos los organismos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y ante una infracción se dará lugar a las sanciones que determine la ley. Asimismo, los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus miembros, dentro

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. "El derecho a una buena administración pública en Chile". Ob Cit. P. 101.

¹¹⁷ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2017. Ob. Cit. P. 31.

¹¹⁸ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2011. Ob. Cit. P. 168, 169 y 173.

¹¹⁹ CAMACHO CEPEDA, Gladys. "Las directrices constitucionales para la administración pública". *Revista de Derecho Público*. (67): 369-395.2005.

de su competencia, en la forma prescrita por la ley, donde nadie puede atribuirse otras facultades o derechos que no le hayan expresamente conferidas por la Constitución y las leyes; y, la contravención de sus normas importa que el acto es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale. Legalmente, el principio de juridicidad se proyecta en el artículo 2 de la LOCBGAE.

Del mismo modo, los principios de publicidad de los actos del Estado y de probidad, se consagran en el artículo 8 de la Constitución, el que establece que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones, siendo públicos todos los actos y resoluciones de los organismos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La probidad administrativa, al igual que en los principios antes vistos, encuentra proyección legal en el artículo 52 de la LOCBGAE, el que prescribe expresamente que consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Resulta relevante el considerar que la Constitución consagra derechos que no solo importan una limitación a la actuación administrativa, sino que además significan e imponen un marco y pauta de conducta para la Administración del Estado, en la que el ciudadano es el destinatario final de la actuación administrativa, en tanto persigue la satisfacción de las necesidades de la población. Tales derechos son los establecidos en el artículo 19, presentando una relevancia que es relativa en cuanto a la actuación administrativa de que se trate. Así, podrán resultar convocados derechos, como la igualdad ante la ley (N° 2), el a un justo y racional procedimiento legal (N° 3), de petición (N° 14), a la igual repartición de los tributos (N° 20), o el derecho de propiedad (N° 24), entre otros.

Finalmente, debe incluirse la enumeración y posterior despliegue en la reglamentación que realiza el legislador de los principios contenidos en el artículo 3 inciso 2° LOCBGAE respecto de la actuación administrativa. En efecto, el legislador indica que la Administración en todo debe observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y participación ciudadana. Tales principios son detallados en los artículos 4, 5, 8, 10 a 13, 52,

62 y 69 y siguientes, entre otros, dándoseles aplicación práctica, vinculando en última instancia de manera concreta y específica, la Administración al Derecho.¹²⁰

El análisis de la buena administración, más allá de sus fundamentos, conlleva que se reconozca una doble dimensión, esto es, como un derecho de las personas, o bien, como un estándar. Esta última opción es la más relevante para este trabajo.

A. La buena administración como un derecho de las personas.

Si bien no existe un reconocimiento explícito en el derecho positivo de la buena administración como un derecho de las personas, es inferido de las normas que estatuyen e imponen deberes u obligaciones a la autoridad. De manera que el derecho a la buena administración tiene como prestación del Estado, que la decisión terminal de la Administración sea adoptada conforme a un especial y determinado comportamiento administrativo, expresado a través de un procedimiento en el que el Estado se enfoca en hacerlo con sinceridad y servicialidad hacia las personas.¹²¹

Siguiendo en los párrafos siguientes a LINAZASORO¹²², al momento de realizar un análisis aplicando como modelo comparativo el artículo 41 de la Carta de Niza, establece que en el derecho nacional, el derecho a la buena administración tiene diversas proyecciones. La sistematización propuesta por la Carta de Niza se lograría al considerar globalmente, normas vinculadas al debido proceso, la interdicción de la arbitrariedad, la responsabilidad del Estado y el derecho de petición.

Si bien en Chile la articulación de un derecho a la buena administración importa el reconocer en primer término que existe normativa que es fragmentaria en el sentido de que se encuentra repartida en diversos cuerpos normativos, de diferente jerarquía, ello no obsta a su sistematización y ulterior definición de contornos y alcances.

En lo concreto, y teniendo como cartabón al artículo 41 de la Carta de Niza¹²³, el derecho chileno establece:

¹²⁰ MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. Ob. Cit. P. 320.

¹²¹ Ibid. P. 332.

¹²² LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. "El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno...". Ob. Cit. P. 37 a 40.

¹²³ El citado artículo dispone: "Derecho a una buena administración.

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:

- a. En el artículo 19 N° 3 y N° 14, los derechos a un debido proceso y de petición.
- b. Luego, el artículo 4 de la Ley N° 19.880 detalla los principios del procedimiento: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. Normativamente, estos principios son desplegados entre los artículos 5 y 16, consagrando el artículo 17, amplios derechos para el ciudadano en el marco del procedimiento administrativo.
- c. Del igual modo, la misma ley establece el principio de no arbitrariedad en los actos administrativos, asistiendo a la Administración el deber de motivar o fundamentar las decisiones que adopte, de acuerdo con el artículo 41 inciso 4°.
- d. En cuanto a la necesaria reparación por daños que debe realizar el Estado, por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, en el derecho nacional se recoge en los artículos 4 y 42 de la LOCBGAE, y en el ámbito municipal, en el artículo 152 LOCM.

En este contexto normativo, añade LINAZASORO¹²⁴, que la jurisprudencia chilena ha desplegado los principios que conforman el derecho a una buena administración. A modo ejemplar, cita la sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1.413-2009, relativa al principio de debido proceso administrativo; sentencia de la Corte Suprema, rol N° 46.494-2016 relacionada con el principio de eficiencia administrativa; en cuanto al principio de celeridad, la sentencia rol N° 7.284-2009 de la Corte Suprema; sobre el principio de eficacia de los actos administrativos cita el dictamen N° 2.196, de 1993, de la Contraloría General de la República; entre otros. Finalmente, señala que la Corte Suprema ha dictado diversos fallos que consagran de forma casi explícita el derecho a una buena administración, en tanto el máximo tribunal reconoce un mandato genérico que engloba los principios

-
- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
 - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

¹²⁴ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. “El derecho a una buena administración pública en Chile”. Ob. Cit. P. 102 a 105.

vinculados a este derecho, mencionando la sentencia rol N° 38.817-2017 de la Corte Suprema.

Por nuestra parte, podemos afirmar, asumiendo la posición antes expuesta, que el tiempo ha confirmado la prospección propuesta, en tanto que al menos la Contraloría General de la República en sus dictámenes, ha indicado explícitamente que al ciudadano le asiste el derecho a la buena administración. Si bien, no es parte de la presente investigación el indagar la recepción de este derecho en la jurisprudencia del organismo de control, es útil mencionar y transcribir los párrafos pertinentes de algunos dictámenes, que a nuestro juicio, no corresponderían a casos aislados, sino a una incipiente línea argumentativa actualmente en desarrollo.

- a. Dictamen N° 25.190, de 2018: dice la Contraloría que “(...) es del caso señalar que la toma de razón es un mecanismo de control selectivo y obligatorio de la juridicidad de los actos administrativos que se refieren a materias esenciales, que vela por el resguardo del principio de probidad, por el derecho a una buena administración y por el cuidado y buen uso de los recursos públicos”.
- b. Dictamen N° 1.298, de 2021: Se aplica el dictamen anteriormente citado, y expone que “Luego, es del caso señalar, que la jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora contenida en el dictamen N° 25.190, de 2018, ha señalado que la toma de razón es un mecanismo de control selectivo y obligatorio de la juridicidad de los actos administrativos que se refieren a materias esenciales, que vela por el resguardo del principio de probidad, por el derecho a una buena administración y por el cuidado y buen uso de los recursos públicos.”
- c. Dictamen N° E45754, de 2020: Indica en lo pertinente que “En cuanto al retraso de los organismos públicos competentes en agendar las citas para tramitar las solicitudes de los extranjeros que requieren regularizar su residencia en nuestro país, lo que incidiría en el vencimiento de sus cédulas de identidad y a su turno impediría obtener la clave única, debe hacer presente que la actividad administrativa, conforme con los artículos 3°, 5°, 8° de la ley N° 18.575, se encuentra sometida a los principios de servicialidad, eficiencia, eficacia, coordinación y celeridad, de manera que su debida observancia garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos y, entre ellos, el Derecho a la Buena Administración”.

B. La buena administración como estándar.

La buena administración como estándar implica el aproximarse a un “(...) parámetro, patrón o modelo que sirve para enjuiciar si una conducta administrativa fue lo que legal y/o razonablemente pudo exigirse a la organización administrativa y, por consiguiente, que es un comportamiento normal de la Administración, inserto en una realidad nacional, regional o local específica, considerando las posibilidades reales de acción según los medios, presupuesto y características propias de aquella”.¹²⁵

En tanto parámetro de conducta sujeta de apreciación o enjuiciamiento, este estándar es recogido legalmente en el artículo 53 de la LOCBGAE. Dicho precepto, estatuye un único modelo de buena administración, que no está sujeto a graduaciones respecto de la diligencia de la Administración, vinculándose íntimamente al mismo tiempo con el artículo 3 del mismo cuerpo legal, que constituye la consagración del principio de servicialidad antes estudiado.¹²⁶

El mencionado artículo 53 si bien usualmente es examinado por la doctrina a propósito de la probidad administrativa, constituye según los conceptos antes expuestos, el núcleo de la buena administración como estándar o pauta de conducta.

LINAZASORO es enfática al indicar que “[e]sta definición de interés general no precisa qué se entiende por interés general sino cuáles son los medios para alcanzarlos. Y estos “medios” serían precisamente la idea de buena administración”¹²⁷. En el mismo sentido indica que “[a] partir de la redacción del artículo 1° de nuestra Constitución Política de la República, junto con el artículo 55 de la LOCBGAE (sic) y el análisis de los principios de buena administración, podemos señalar que estos artículos en realidad no definen lo que es el interés general sino que establecen concretamente el deber de buena administración”¹²⁸. Independiente que su concepto del deber de buena administración es esencialmente procedimental, consideramos que sus alcances son también sustantivos, lo que se evidenciará al examinar los elementos de la norma citada.

¹²⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. Ob. Cit. P. 327 y 328.

¹²⁶ Ibid. P. 328 y 329.

¹²⁷ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. “El derecho a una buena administración pública en Chile”. Ob. Cit. P. 101.

¹²⁸ LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. “El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno...”. Ob. Cit. P. 33. En este trabajo se cita el artículo 55, correspondiendo en la actualidad al artículo 53.

El enunciado normativo del citado artículo 53 se descompone en tres partes fundamentales¹²⁹:

- a. “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz”. El interés general se vincula al conjunto de intereses de la comunidad, la sociedad y las personas. De ahí, que los medios que resulten idóneos, suponen que exista información y datos serios, adecuados, y suficientes, que permitan decidir de forma apropiada, además de controlar la ejecución de lo decidido. Por último, la eficiencia en la gestión implica el uso de medios y recursos disponibles logrando el mayor rendimiento al menor costo que sea posible. Por su parte, la eficacia conlleva la maximización de los resultados, la mayor concreción de las finalidades del Estado, de manera que exista coherencia entre el medio administrativo y la planificación que se realiza por parte de la Administración.

- b. “[El interés general s]e expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales (...)”. El interés general se manifiesta de vez en vez que la Administración obra con estudios e información seria y fidedigna, profesionalismo y con rectitud en el cumplimiento de sus funciones, prescindiendo de consideraciones no previstas o fuera del margen legítimo de acción de la autoridad.

- c. “[El interés general se expresa en el] (...) acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”. La transparencia y publicidad de las actuaciones estatales son esenciales para un sistema democrático. Legalmente, la proyección de la transparencia y publicidad se da en cuerpos

¹²⁹ MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. Ob. Cit. P. 329 a 331. En lo sucesivo se seguirá de cerca el planteamiento propuesto en el trabajo citado.

normativos diferentes, pero que apuntan a dar plena vigencia a la norma prevista en el artículo 8 de la Constitución.

En efecto, primeramente, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 16 y 17 de la Ley N° 19.880 recogen con meridiana amplitud el acceso del ciudadano a los antecedentes y actos que obran en el procedimiento, quedando prohibido a la Administración impedir o imponer trabas para ello. A su vez, en el área de la publicidad de la actuación estatal misma, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, articula un sistema que persigue establecer la transparencia y publicidad como la regla general, de manera que sea limitada la opacidad en la actuación administrativa. De esta manera, se reglamenta de forma particular y concreta, las causales de reserva o secreto, conforme a las cuales, legítimamente la Administración puede denegar total o parcialmente la información que los ciudadanos le soliciten.

Finalmente, considerando que la Administración en los hechos recopila y trata información de los ciudadanos a fin de adoptar decisiones de carácter general, en algunos casos dicha información puede corresponder a datos que son considerados privados. Así pues, la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, articulando una protección legal a algunas áreas del derecho al respeto a la vida privada establecido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, instituye ciertos márgenes de acción legítima del Estado en el tratamiento de datos personales sin autorización de su titular, en la medida de que se encuentre dentro de su competencia, sin perjuicio de un coto vedado: los datos sensibles, y en fin, el pleno respeto a la autodeterminación informativa.

Luego del examen realizado, en breve podemos señalar, que la buena administración en tanto estándar o pauta de evaluación de la conducta de la Administración, supondrá el que normativamente exista una íntima relación entre el principio de servicialidad establecido en el artículo 1 inciso 4° de la Constitución y en el artículo 3 de la LOCBGAE, con el artículo 53 del mismo cuerpo legal, en tanto esta última disposición reglamenta los alcances del interés general y señala la forma en la que debe ser satisfecho.

III. SEGUNDA PARTE: LA RECEPCIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DURANTE EL PERÍODO 2016-2021.

En esta segunda parte, primeramente se abordará la relación entre la potestad organizatoria y la buena administración, para luego hacer un examen práctico de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República durante el periodo 2016 y 2021.

Capítulo IV: La relación entre la potestad organizatoria y la buena administración.

Tal como vimos en la primera parte de este trabajo, la potestad organizatoria es un poder que ostenta el Estado para crear, poner en marcha, modificar, extinguir o reorganizar las unidades internas u organismos de la Administración. Si bien la potestad organizatoria presenta principios que les son propios como los de juridicidad, competencia, unidad y eficiencia y eficacia, puede darse la creencia equivocada de que se agotan con su ejercicio de cara al organismo u órgano preciso de que se trate.

En este orden de ideas, consideramos que la buena administración en tanto estándar de conducta de la Administración, permite la aplicación habitual de los principios de la potestad organizatoria, denotando de manera clara y presente, la exigencia de que la organización administrativa existe, precisamente, para satisfacer el principio de servicialidad.

La buena administración guiará al titular de la potestad organizatoria en el ejercicio del poder, en tanto le exigirá tener en vista la optimización de los medios, de manera que el interés público que se expresa en la Constitución y la ley sea satisfecho, con un aparataje idóneo para una acción administrativa asertiva en la satisfacción de las necesidades públicas.

La aplicación de normas de carácter legal en diferentes materias que persiguen ordenar la intervención administrativa y definir el marco de posibilidades que tiene la autoridad, importa que muchas veces se pase por alto el que tienen una proyección inmediata en la organización administrativa. Lo anterior, en tanto que la conducta que tiene que desplegar la Administración siempre deberá ser realizada de forma orgánica, al interior de un organismo que el ordenamiento ha señalado como competente, el que por obra del principio de unidad, internamente presentará una jerarquía determinada que le es propia.

Dicha jerarquía se expresará en los diferentes atribuciones que le asistirán a quien encabece aquel organismo (sea la potestad de mando, de revisión, control, disciplinaria o de nombramiento) y, dependiendo de la materia o acción administrativa concreta de que se trate, se presentarán cada una de ellas con una mayor o menor intensidad.

Lo anterior, adquiere especial relevancia en tanto que si bien la definición del sistema organizativo que realice el legislador es de extrema importancia, no es menos cierto que en la práctica, de manera complementaria será esencial determinar cómo se ejercerá la potestad organizatoria para a su vez definir o especificar una función administrativa al interior de un organismo u órgano administrativo.¹³⁰

En este marco esencialmente dinámico, la Administración del Estado se ve en la necesidad de organizarse y reorganizarse de forma que se encuentre acorde al contexto, de manera que resulta central la dirección que decida adoptar para satisfacer las necesidades públicas.¹³¹

Siguiendo al profesor PAREJO ALFONSO, esta técnica de dirección y en consecuencia, programación de la actividad de la Administración, exige el análisis de las especificidades internas de cada organización a fin de determinar cuáles elementos pueden y/o deben ponerse al servicio de la dirección y su forma correcta de disposición, de manera que pueda darse un “encuadre orgánico”, del que resultarán tanto los límites o condicionantes como los impulsos y directrices de la actividad administrativa; y, el considerar conjuntamente los aspectos vinculados a la orgánica propiamente tal de la entidad administrativa (forma jurídica y competencias), el funcionamiento vinculado a los procesos internos, su conexión con el procedimiento y el régimen de los medios personales y técnicos como de los ingresos y gastos.¹³²

Si bien la teoría plantea un curso de acción que resulta bastante claro y con altas posibilidades de éxito, la práctica muestra que no es fácil cambiar los procesos y mantener la estructura, dado que esta última lo que hace es precisamente, dar una cobertura que es

¹³⁰ PALOMAR OLMEDA, Alberto. 2013. “La potestad organizatoria y la relación de instrumentalidad: una visión actual” [en línea] En: <https://www.caib.es/sites/advocacia/f/158836> [consulta: 25 de junio de 2022]. P. 2.

¹³¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. 2009. Ob. Cit. P. 20.

¹³² Ibid. P. 27 y 28.

formal a esos procesos y los ordena a fin de prestar un servicio teniendo en miras la entrega de un producto final.¹³³

Es ahí precisamente donde se produce una vinculación íntima con la buena administración, en tanto que la organización realizada en miras del cumplimiento de los fines exige la capacidad de determinar la forma en la que será gestionado lo público, en el contexto de un modelo determinado.¹³⁴ Al mismo tiempo, esa mayor optimización tendrá de forma general un norte predefinido: la optimización de las diferentes estructuras que reglamentan la toma de decisiones públicas dentro de las competencias que la ley ha fijado.

En el caso del derecho nacional, precisamente estas coordenadas conceptuales fijarán el interés general expresado en la Constitución y la ley, considerando un modelo específico, que debe inspirarse en las finalidades propias de cada organismo, mediado por el principio general antes estudiado y que se contiene en el artículo 53 de la LOCBGAE.

Si bien la potestad organizatoria tiene un valor instrumental en tanto permitiría la materialización de las finalidades encargadas tutelar a los diferentes organismos administrativos, con una maximización de los resultados perseguidos, es relevante no soslayar el que si bien los resultados son enjuiciados en función del análisis numérico, ello no debe primar sobre el análisis funcional.¹³⁵

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que las reglas sobre la organización se caracterizan por ser un derecho-marco, dado que no solo rige desde dentro a la Administración, sino que además, considera las posibilidades de dirección intrínsecas a ellas, de manera que influye en la realidad jurídica de forma mediata, al establecer las premisas de la actuación administrativa. Así, la complejidad de las organizaciones administrativas exige de alguna forma que el estudio de estas normas no solo se limite a la estructura, distribución territorial y la competencia de la Administración, sino que debe tener en cuenta al procedimiento administrativo, el empleo público y el aspecto presupuestario.¹³⁶

Es en la fase de aplicación de las normas generales de estructura, distribución territorial y competencia a materias específicas como el empleo público y la gestión

¹³³ PALOMAR OLMEDA, Alberto. 2013. Ob. Cit. P. 3

¹³⁴ Ibid. P. 3 y 4.

¹³⁵ Ibid. P. 13 y 14.

¹³⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. 2003. "La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, trad. Alejandro Huergo Lora. p. 259.

presupuestaria, donde la buena administración en tanto modelo que guía la aplicación de otras normas, tendrá como objetivo una aplicación óptima de las disposiciones referidas a la organización, orientadas hacia la eficiencia y eficacia, al mismo tiempo que tiende hacia una democratización de una actividad administrativa proba, todo lo cual, se enmarca en la articulación de la forma en la que la Administración adoptará sus decisiones.

En efecto, la fuente de la buena administración en tanto modelo de conducta de la Administración del Estado, como vimos, es el artículo 53 LOCBGAE, disposición que se descompone en tres reglas fundamentales que corresponden a mandatos de optimización del ejercicio de la potestad organizatoria, que tienden a tres focos, áreas o fines respectivamente: (a) eficiencia y eficacia, (b) probidad, y, (c) democratización.

En este sentido, el artículo 53 que contiene la buena administración así entendida, como un parámetro para enjuiciar el comportamiento de la Administración, igualmente se erige como una norma que manda y ordena que se apliquen las tres reglas o áreas que orientan el ejercicio de la potestad organizatoria, exigiendo la optimización en esos términos, donde sus finalidades son predefinidas o predeterminadas.

Por consiguiente, la buena administración será un elemento modulador de la potestad organizatoria, emergiendo como un medio para garantizar el fin perseguido por el legislador, teniendo en cuenta las vicisitudes prácticas que entraña la realidad de cada entidad administrativa, de forma de satisfacer de la mejor manera las necesidades de la ciudadanía.

Dicho planteamiento supone una resignificación de las normas que conforman la potestad organizatoria, en tanto que ya no debieran ser útiles para una simple articulación del poder según los vaivenes políticos cotidianos, sino que deberá observar ciertas y determinadas exigencias para materializar el principio de servicialidad respecto de la ciudadanía, de forma sostenida en el tiempo, conllevando a desarrollar una meridiana coherencia en el actuar estatal.

Este rasgo deviene en central al momento de considerar dos puntos donde existe mayor cantidad de dictámenes de la Contraloría General de la República y que han sido considerados para este trabajo: el empleo público y la gestión presupuestaria. Es precisamente en la práctica donde se precisa evaluar y, a la larga, profundizar una mejor administración de cara al ciudadano.

Capítulo V: La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República durante el período 2016-2021 vinculada a la buena administración y la potestad organizatoria.

Es indudable que la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en los hechos es y ha sido un referente en el devenir del desarrollo de las instituciones administrativas, impactando en el avance del Derecho Administrativo nacional y, en general, en la actuación de la Administración del Estado.

En este contexto, y considerando los efectos que la ley orgánica de Contraloría le ha conferido a sus dictámenes frente a la Administración, resulta en todo caso de altísimo interés práctico el conocer la forma en la que se ha recogido la buena administración como estándar en la jurisprudencia administrativa. De este modo, los informes de Contraloría de hecho modelan el comportamiento de la Administración, especialmente en la forma en la que adoptan sus decisiones, obrando como un estabilizador del funcionamiento de los diferentes organismos administrativos.¹³⁷

Para tales fines, se debe señalar que metodológicamente se estimó pertinente el abarcar el periodo comprendido entre el año 2016 a 2021 para la recopilación de dictámenes de la Contraloría. Lo anterior, en atención a que las investigaciones publicadas que realizan una recopilación de jurisprudencia se extienden hasta el año 2018¹³⁸. En segundo lugar, para la búsqueda y rastreo de los dictámenes seleccionados se utilizó el motor de búsqueda disponible en la plataforma web de la Contraloría General de la República¹³⁹.

Como prevención metodológica previa, del examen del total de los dictámenes recopilados, se excluirán tres de ellos referidos al derecho a la buena administración, en tanto que se encuentran fuera del ámbito de esta investigación, sin perjuicio de ser citados más arriba como una confirmación -a nuestro juicio- de la recepción de este derecho en la jurisprudencia administrativa.

¹³⁷ CORDERO VEGA, Luis. 2020. "El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia". Santiago, DER Ediciones Limitada. P.19.

¹³⁸ Así, por todos, LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. "El derecho a una buena administración pública en Chile". Ob. Cit.; LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. "El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno...". Ob. Cit.; y, LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2017. Ob. Cit.

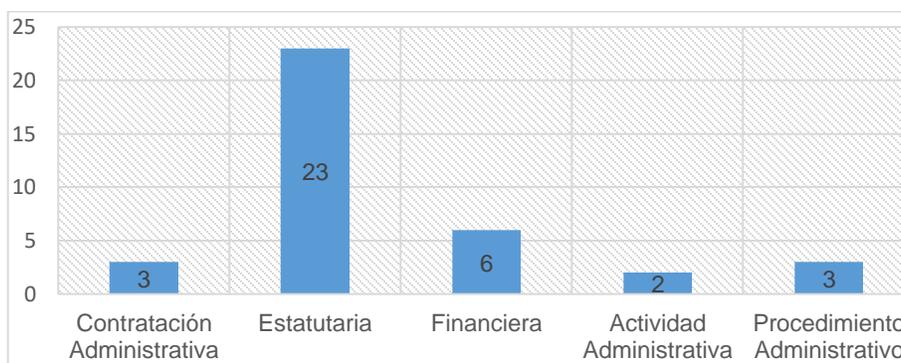
¹³⁹ Disponible en <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia>.

A. Algunas breves notas generales sobre la jurisprudencia administrativa recopilada.

Realizado el proceso de recopilación de los pronunciamientos de la Contraloría, tal como se indicó, se arribó a un total de cuarenta dictámenes, siendo treinta y siete los que se considerarán para este estudio, donde se realiza una identificación de ciertos ejes temáticos según la materia que abordan. Los ejes temáticos se identifican como sigue, ordenándose de manera decreciente: materia estatutaria, financiera, contratación administrativa, procedimiento administrativo y actividad administrativa.

Los valores específicos asociados a la cantidad de los dictámenes emitidos durante el periodo examinado asociados a la buena administración, se expresan en la siguiente tabla según la materia que se indica:

Tabla N° 1: Cantidad de dictámenes según materia durante el periodo 2016-2021.



Fuente: Elaboración propia.

De forma preliminar y en términos generales, descriptivamente podemos determinar que la jurisprudencia administrativa considerada en este periodo, tiende a inclinarse a pronunciarse principalmente sobre materias estatutarias o relativas al empleo público, teniendo en vista una especial preocupación sobre la forma en que la Administración organiza el funcionamiento de sus cuadros, tendiendo a una flexibilización del rígido sistema previsto en la ley por el expediente de aplicar el estándar de la buena administración sea a través del Estatuto Administrativo o del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, por regla general.

Del mismo modo, en un nivel más particular y concreto, del universo de los dictámenes examinados, se advierte que en la práctica, usualmente la Contraloría utiliza diferentes adjetivos o voces para referirse a la buena administración:

Tabla N° 2: Cantidad de dictámenes según su materia y adjetivo utilizado sobre la Buena Administración.

Adjektivs utilizados respecto de Buena Administración	Materias					Total
	Estatutario	Financiera	Procedimiento Administrativo	Actividad Administrativa	Contratación Administrativa	
"Medida de"	15	3	3		1	22
"Razones de"	6					6
"Medidas necesarias de"	1					1
"Providencia de"	1					1
"Obligación de"		1				1
"Medida adicional de"		2				2
"Norma de"				1		1
"Medidas tendientes a"				1		1
Sin adjetivo					2	2
Total	23	6	3	2	3	37

Fuente: Elaboración propia.

De lo expuesto, puede señalarse que los parámetros “Medidas necesarias de”, “Medida adicional de” y “Medidas tendientes a” pueden reconducirse al parámetro más general y global “Medida de”, sin perjuicio de que las desviaciones producto del reconocimiento de la diferencia literal es marginal, en tanto que los valores corresponden a 1, y en un único caso a 2, arrojando un valor total para ellos, de 4.

Del mismo modo, la referencia a la buena administración se dará con dos expresiones predominantes: “medidas de buena administración” y “razones de buena administración”. En el primer caso, las medidas de buena administración no solo dicen relación con las decisiones adoptadas por la autoridad en materia de función pública¹⁴⁰, sino también con la administración de recursos públicos, con las actuaciones a realizar en el procedimiento administrativo, con los términos contractuales a pactar por la Administración, y, aún, con la coordinación y supervisión que tiene lugar en la actuación de los organismos de la Administración, siendo un recurso mucho más transversal. Por su parte, las razones de buena administración se reservan para cuestiones vinculadas especialmente al Estatuto Administrativo.

En cuanto al análisis concreto desagregado de cada una de las materias, se observa que en aquellas materias donde existe una mayor presencia de dictámenes, existen casos

¹⁴⁰ LINAZASORO ESPINOZA, Izaskun. 2018. “El derecho a una buena administración pública. ambios de paradigma en el Derecho Administrativo chileno...”. Ob. Cit. P. 46.

similares que van aplicando jurisprudencia administrativa previa, reiterando la formulación de estándar en términos usualmente, idénticos.

En general, en las temáticas relativas a procedimiento administrativo, actividad administrativa y contratación administrativa, se mantiene la tendencia general de que la Contraloría al mencionar a la buena administración, lo hace comúnmente como una “medida de”, correspondiendo a las desviaciones a las voces “norma de” y “medidas tendientes a”, siendo esta última afín a la tendencia general. Finalmente, existen dos dictámenes que no utilizan adjetivos para referirse a la buena administración, sino que se expresa a propósito de ella como un valor o fin a alcanzar, quitándole un valor instrumental.

En lo sucesivo, primeramente se abordarán los dictámenes vinculados a las materias citadas en el párrafo anterior en tanto es temáticamente lo más alejado del análisis relevante para este trabajo, para luego abordar los dictámenes relativos a materias estatutarias y financieras, a fin de apreciarlos bajo la óptica de la potestad organizatoria.

B. Algunas menciones sobre dictámenes relativos a procedimiento administrativo, actividad administrativa y contratación administrativa.

Siguiendo lo ya expuesto, en general es la “medida de buena administración” el estándar que la Contraloría utiliza de forma más profusa, según se expusiera en la Tabla N° 2 precedente.

En el caso del procedimiento administrativo, la Contraloría en general, pronunciándose fundamentalmente sobre la rectificación o enmienda de un acto administrativo terminal, identifica la aplicación del artículo 62 de la Ley N° 19.880, como una medida de buena administración. Así, el artículo 62 emerge como un mecanismo que operativiza los principios de eficiencia y eficacia, en tanto que, en un primer momento, argumentativamente, la Contraloría identifica como base de la aplicación de la disposición, la existencia de un error de cita que no incide sustancialmente en lo resuelto, calificándolo como uno manifiesto en tanto está presente en un acto administrativo terminal (dictamen N° 52.827, de 2016). Posteriormente, reitera dicho criterio, pero esta vez, luego de recoger el concepto de error de hecho que ha sido expuesto en dictámenes anteriores, indica que para la Administración, el artículo 62 corresponde a una facultad que es al mismo tiempo una medida de buena administración, que la habilita a aclarar o rectificar los errores manifiestos en sus actos administrativos terminales (dictamen N° 227, de 2018). Finalmente, citando este último informe, la Contraloría precisa que el supuesto de hecho

que autoriza recurrir al artículo 62 es precisamente la presencia de un error de hecho, que del mismo modo debe tratarse de una equivocación clara y evidente, detectable con la sola lectura de un documento, y, en tanto facultad, autoriza a la entidad administrativa emisora del acto para aclararlo, enmendarlo o rectificarlo (dictamen N° 7.148, de 2020).

En los dictámenes relativos a la actividad administrativa, se presentan dos casos, en los cuales se aprecia que la buena administración juega como un estándar que dice relación con el principio de coordinación, ya sea intraorgánica como entre diferentes entidades. El primer dictamen indica en lo que interesa, que el Oficio N° 2.348 de 2016, emanado de la Subsecretaría de Redes Asistenciales y dirigido a los Directores de los Servicios de Salud del país, fijó ciertos lineamientos sobre la forma en la que debía realizarse la atención en las Unidades de Emergencia Hospitalaria, estableciendo prioridades entre los pacientes SAMU. Indica el Informe que la recepción de los pacientes y liberación de camillas no debe superar los 90 minutos, lo que importa una “norma de buena administración”, en orden a lograr una adecuada coordinación en la actuación de los intervinientes en la atención de SAMU y servicios de urgencia. Resulta palmario el que luego se citen los artículos 3 y 5 LOCBGAE, y se vincule a los principios de eficiencia y eficacia. El segundo dictamen dice relación con el Censo Abreviado de 2017, en el que se precisó que de conformidad al Decreto N° 31, de 2016, en su artículo único, N° 65, el Director del INE, según las facultades que le otorgan tanto la ley N° 17.374 como el Decreto N° 1.062, de 1970, le corresponde adoptar las “medidas tendientes a la buena administración” para ejecutar de la mejor manera las labores vinculadas al pre censo, censo y post censo (dictamen N° 5.759/2019).

Finalmente, en cuanto a la contratación administrativa, se presentan tres dictámenes. El primero de ellos, dice relación con los anticipos que se otorgan contra la entrega de una garantía, los cuales no tienen la naturaleza de adelantos, toda vez que el entenderlo de esta última forma implica alterar la regla según la cual la Administración paga únicamente por servicios que han sido recibidos conforme. Por el contrario, considerarlos como adelantos implicaría atentar contra la eficiencia y la buena administración de los recursos públicos (dictamen N° 10.366/2017). En el mismo sentido, se orienta el dictamen N° 37.117/2016, que indica que las bases administrativas no pueden obligar a un proveedor a solicitar un pago anticipado de los bienes, acompañando la correspondiente garantía, al mismo tiempo que no puede estimarse la falta de dicho requerimiento como una causal de término anticipado del contrato, toda vez que la Administración debe pagar conforme a las

reglas generales: previa recepción conforme de los bienes y servicios requeridos y excepcionalmente, a través de anticipos garantizados por el contratista. Por ello, aceptar dicha situación importaría que el gasto en que incurrirá el contratista en la garantía por un pago anticipado que no necesita, sea traspasado al precio que pagará la institución, lo cual atenta contra la eficacia y la buena administración de los recursos públicos. Por último, el dictamen N° 6.017, de 2016, se inclinó por señalar que la contratación de una auditoría que tiene por propósito la descripción de las etapas del proceso de compra de material bélico, la elaboración de un flujograma y una matriz de riesgo, suponen medidas de buena administración que colaborarán a una gestión eficiente y eficaz de los recursos públicos.

Luego de la descripción de los dictámenes recopilados, en este punto, en general podemos afirmar que para la Contraloría la buena administración está vinculada a la eficiencia y la eficacia, es decir, persigue que la Administración obre con la maximización de los rendimientos y la minimización de los costos. Esos rendimientos si bien llevan al lugar común de considerarlo como una cuestión de la correcta administración del erario público, mira a algo más profundo, que es poner el foco sobre la actuación en sí misma del Estado, a su oportunidad, y, en fin, a la minimización de la burocratización.

C. Análisis sobre dictámenes vinculados a materia estatutaria y financiera.

Tal como se expuso más arriba, la materia estatutaria y financiera son las que más se refieren a la buena administración en los dictámenes recopilados y en los cuales puede apreciarse casos en los que existe una vinculación con la organización administrativa.

La relación entre la aplicación de la buena administración en cuanto estándar, y la potestad organizatoria en la muestra obtenida, en términos generales se aprecia ya no solo como una cuestión de función, sino que como una cuestión estatutaria o de empleo público, y como una cuestión presupuestaria. Es decir, la complejidad de la actividad administrativa, lleva a que la Contraloría en los dictámenes recopilados, estime que la principal relación entre la buena administración y la potestad organizatoria se presenta bajo la forma que debe darse a la organización del personal de la Administración y, en segundo lugar, en la forma en la que se debe administrar financieramente el Estado.

La anterior constatación es relevante, toda vez que, como ya se dijo, las normas relativas a la organización administrativa adquieren eficacia mediante la combinación

superpuesta del derecho estatutario y financiero del Estado¹⁴¹, como ocurre en los casos propuestos. La articulación de esa superposición es dada a través de la buena administración, la que en cuanto estándar y mandato de optimización, permitirá que se produzca la necesaria fluidez en la actuación administrativa.

i. Dictámenes en materia financiera.

En materia financiera se contabilizan seis dictámenes, los cuales remiten a diversas situaciones, donde la nota característica consiste en que la Contraloría precisa una línea argumentativa que en apariencia es simple, pero resulta esencial y capital para entender la forma en la que se deben administrar las finanzas públicas.

En efecto, conceptualmente en esta materia rige de forma amplia y general el principio de especialidad presupuestaria, que implica que las instituciones públicas deban aplicar o invertir los recursos o fondos públicos puestos a su disposición, en los objetivos y finalidades previstas y fijadas en la ley. Así, el principio exige no solo una ejecución en gastos que se corresponda exclusivamente con las finalidades de cada servicio, sino también, respetando los límites máximos previstos en la ley. Así, el principio de especialidad presupuestaria se articula a través de tres variantes: (a) la especialidad cualitativa, (b) la especialidad cuantitativa, y, (c) la especialidad temporal.¹⁴²

En cuanto a la (a) especialidad cualitativa, implica que los recursos establecidos y consignados en la ley general de presupuestos deben ser gastados o invertidos precisa y específicamente en aquello que se ha consignado. Tiene en miras precisamente el individualizar la finalidad específica de los recursos asignados a cada actividad por la ley general de presupuestos, debiendo así consignarse la ubicación presupuestaria de la fuente de financiamiento que respalda el gasto de que se trate, vinculándose al logro exclusivo de los objetivos propios de los organismos públicos, establecidos en la Constitución y en la ley.¹⁴³ A su vez, la (b) especialidad cuantitativa dice relación con que la ley general de presupuestos limita y condiciona el gasto máximo establecido para cada concepto, de manera que se prohíbe a las entidades públicas, desembolsar una suma mayor que las previstas. Finalmente, la (c) especialidad temporal, implica que los recursos contenidos en

¹⁴¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. 2003. Ob. cit. p. 259.

¹⁴² PALLAVICINI MAGNERE, Julio. 2015. "Derecho Público Financiero". Santiago, Legal Publishing Chile. P. 81 a 83.

¹⁴³ Ibid. P. 83.

la ley general de presupuestos deben ejecutarse dentro del año fiscal o del ejercicio presupuestario que los originó.¹⁴⁴

En parte de los dictámenes recopilados se aplican estos conceptos, entendiéndose mediados por la buena administración. Se utiliza una construcción que es en principio sencilla, pero que siendo indagados los conceptos, es rica en consecuencias. Así, la Contraloría entiende que la especialidad mediada por la buena administración tendrá como consecuencia un aseguramiento y rectitud en la utilización de los recursos fiscales.

El dictamen N° E64075/2020 señaló que el Gobierno Regional debe abrir cuentas corrientes bancarias, distintas de las existentes, con cargo a las cuales, separadamente se administren y financien los recursos que se deben destinar a acciones de fomento y desarrollo en las provincias de Última Esperanza y de Tierra del Fuego, constituyendo una medida de buena administración, que tiende a la correcta administración y aplicación de los recursos públicos involucrados.

En el mismo sentido, el dictamen N° E126.200/2021 informó que la exigencia de una garantía de fiel cumplimiento exigida por una entidad otorgante, salvo que sea una exigencia de la normativa, en aquellos casos en los cuales es facultativa es una medida de buena administración, y que está destinada a cautelar la correcta utilización de fondos públicos que han sido entregados para una finalidad específica, constituyendo una herramienta que permite el cumplimiento de la obligación que tiene, que velar por la correcta inversión.

En el dictamen N° 13.332/2018 la Contraloría General de la República expuso que en el contexto de una transferencia de recursos entre entidades públicas, si bien la entidad receptora debe mantener en su poder la documentación original fundante del gasto, a disposición de la Contraloría, resulta procedente el que se pacte por el otorgante la entrega de copias en soporte digital o fotocopias de aquellas como una medida adicional de buena administración que le permita verificar la correcta inversión de los recursos entregados. En igual sentido, el dictamen N° 13.225/2018 precisa que el otorgante puede pactar en los convenios respectivos, la entrega de fotocopias de los instrumentos de respaldo del debido empleo y correcta justificación de los gastos de los fondos públicos transferidos, como una

¹⁴⁴ Ibid. P. 94.

medida adicional de buena administración, que permite la verificación de aquella correcta inversión.

Sobre los premios otorgados por Municipalidades, la Contraloría, luego de recordar que consisten en un galardón o recompensa que se da por algún mérito o servicio, pudiendo otorgarse en especie, como una medalla, galvano, trofeo o copa, o consistir en una suma de dinero (aplica dictamen N° 2.229/1983), apunta que respecto de los montos de estos premios, la Municipalidad debe velar por una eficiente y racional utilización de sus recursos, lo que incluye un uso prudente considerando su disponibilidad presupuestaria, no pudiendo realizarse un desembolso desproporcionado. Ello, pugna con la obligación de una buena administración, que supone de forma implícita, la proporcionalidad y racionalidad en su actuación (Dictamen N° 17.629/2018).

Finalmente, mediante el dictamen N° 27.942, de 2017, la Contraloría tiene oportunidad de pronunciarse sobre una consulta formulada por la Municipalidad de Hualpén sobre si la circular N° 38 de la SUBDERE se ajusta a derecho. Dicha circular N° 38, de 2016, relativa a los haberes que la ley N° 20.882, de presupuestos del sector público del año 2016, autorizó transferir a los municipios que tienen externalizados los servicios de recolección y/o transporte de residuos sólidos domiciliarios y/o servicio de barrido de calles, fueran traspasados de forma fraccionada a la empresa concesionaria de que se trate, para que esta la distribuyera en sus trabajadores en doce cuotas, permitiendo así, el pago al personal contratado en reemplazo de aquel cuya relación laboral terminó durante esa anualidad. Dado lo anterior, el Municipio solicita que sea precisada la situación de los empleados que si bien trabajaron hasta el 31 de diciembre de 2015, fueron desvinculados durante el 2016, en orden a si el beneficio les debió ser enterado en su totalidad o en forma proporcional a los meses trabajados.

La Contraloría dice en este pronunciamiento que la ley de presupuestos citada, dispuso sobre el particular que el monto que se indica en la glosa respectiva, se distribuirá sólo entre aquellos municipios que informen que efectúan, en forma externalizada, total o parcialmente, los servicios antedichos. Dicho literal, añade, dispone que los municipios debían comunicar a la SUBDERE hasta el 29 de febrero de 2016, la información necesaria para la distribución de los recursos señalados y de las personas contratadas por ellas al 31 de diciembre de 2015, a fin de que aquel organismo dictara la resolución con el monto correspondiente a cada una de las municipalidades que debían luego transferir a las concesionarias, para ser destinadas exclusivamente a sus empleados. En el caso

consultado, el instrumento específico fue suscrito el 2 de junio de 2016, especificando las modalidades por las cuales consulta: trnsferencia en cuotas e inclusión como beneficiario al personal contratado en reemplazo de aquel desvinculado durante ese año. De esta forma, para tener derecho al monto total anual fijado, es requisito el cumplir funciones durante todo el año calendario respectivo, siendo procedente, en caso contrario, el pago proporcional a los meses efectivamente trabajados. Concluye la Contraloría indicando que no hay reproche alguno que formular a la SUBDERE en cuanto al fraccionamiento de las transferencias que se realizan a las empresas concesionarias a fin de que estas distribuyan en sus trabajadores en cuotas. En lo que interesa a este trabajo, la Contraloría señala que dicha medida, se adopta en tanto medida de buena administración de los recursos públicos, que tiende a resguardar que los mismos fueran percibidos por aquellos trabajadores que satisfacen las exigencias de la ley de presupuestos del año 2016.

De los dictámenes antes reseñados se aprecia que la Contraloría utiliza profusamente a la buena administración como un estándar que materializa la especialidad presupuestaria, obrando al mismo tiempo como un mecanismo de control. La evidente desconfianza (jamás declarada explícitamente, por cierto) de la Contraloría frente a la forma en que la Administración Activa gestiona los recursos públicos, lleva a que recurra a la buena administración como un estándar que formula una suerte de “refuerzo positivo” sobre las medidas que un organismo adopte a fin de que tiendan a evitar la responsabilidad administrativa y, eventualmente, civil y/o penal que pueda generarse ya sea por conductas fundadas en lo que puede ser desde la simple ignorancia, falta de experticia, preparación o inducción, pasando por un error, negligencia en sus diversos grados e, inclusive, el dolo.

El grado de recepción y articulación de los informes de la Contraloría que refieren a la buena administración por parte de la Administración del Estado, y también de su éxito, es proporcional y descansa en la voluntad que tenga para decidir ejercitar la potestad organizatoria en su estructura interna teniendo en vista dicho fin.

La buena administración utilizada en la fase de control, no propende de forma necesaria a la eficiencia y eficacia, sin perjuicio de que permite de una forma relativamente sencilla articular la profusa normativa que reglamenta la probidad, transparencia, cortapisas y prevención para la corrupción en las entidades públicas. Pero se echa en falta el que la Contraloría no mida el impacto en la organización administrativa al realizar esta clase de pronunciamientos, toda vez que la optimización ínsita en la buena administración, exige que el organismo tenga en vista una distribución eficiente y eficaz no solo de la actuación –o de

“lo que hace” o su “quehacer”— sino también de las estructuras organizacionales, procedimientos y personal para hacerle frente.

Si bien no puede desconocerse el efecto positivo de que el organismo contralor construya un derecho presupuestario vinculado a la buena administración, debe hacerse hincapié en que una falta de argumentación más robusta de lo que implica este estándar conlleva apreciarlo de forma reduccionista, es decir, entenderlo como una simple “medida”. Si el efecto de la jurisprudencia administrativa ha sido precisamente estabilizar el comportamiento de la Administración, modelar y orientar su comportamiento, entonces podemos conjeturar que quizás este tímido desarrollo, hasta el 2021, puede deberse a consideraciones prudenciales extrajurídicas, más que a una evolución o desarrollo a tientas.

ii. Dictámenes en materia estatutaria.

En esta materia es donde se presenta con mayor abundancia los dictámenes que refieren a la buena administración. En general, de los dictámenes recopilados destaca especialmente que el mayor volumen se vincula a la encomendación de funciones, y, luego, aquellos que versan sobre los permisos, para posteriormente, presentarse en relación a situaciones puntuales.

a. Encomendación de funciones.

En lo que dice relación con la encomendación de funciones, en general, descriptivamente, la Contraloría señala de forma amplia y concluyente, el que es una medida de buena administración, y en cuanto tal, es un recurso que carece de consagración normativa explícita, no es un medio para proveer un cargo público por lo que no constituye en consecuencia, un nombramiento propiamente tal. En este sentido, advierte la Contraloría que es una designación que se funda en la necesidad de mantener el normal funcionamiento o continuidad del servicio, o bien, porque en una repartición no existe un cargo público a través del cual deba realizarse la función o son insuficientes los empleos de la institución de que se trate, pudiendo ponerse fin en cualquier momento por la misma autoridad que asignó esas tareas. Del mismo modo, en tanto que la encomendación de funciones no constituye un nombramiento, y tampoco un derecho, no se incorpora al patrimonio del empleado de que se trate (Dictámenes N° E81.490/2021, N° 7.613/2020, N° 5.373/2020, N° 33.238/2019, N° 26.894/2018, N° 83.456/2016).

Del mismo modo, apunta que, en particular, la fuente normativa de la encomendación de funciones directivas se contiene en la ley general de presupuesto del

sector público, y obedece a una medida de buena administración a fin de dar cumplimiento a las necesidades públicas de manera continua y permanente. La encomendación de funciones directivas se realiza de manera transitoria, en tanto se verifique el proceso de selección respectivo, de manera que si bien la facultad de convocar a concursos para proveer cargos es discrecional que no está sometida a ningún plazo, no puede dilatarse o suspenderse de forma indefinida su realización, ya que atenta contra la carrera funcionaria establecida en el artículo 38 de la Constitución. Precisa del mismo modo, que la encomendación de funciones directivas, lleva a que el funcionario a quien se les asignen lo sitúa en una situación diferente del resto de los empleados a contrata, dada la relevancia que tienen las tareas para el funcionamiento del servicio (Dictámenes N° 82.490/2021, N° 28.664/2018, N° 28.664/2018, N° 28.660/2018, N° 18.161/2017, 89.903/2016, N° 80.299/2016).

Particularmente, los dictámenes N° 28.664/2018 y N° 28.660/2018, que se encuentran enumerados y contenidos en la interpretación antes expuesta, merecen unos comentarios producto de la interpretación relacionada con la desvinculación o término anticipado de una contrata de un funcionario que ostenta funciones directivas, que según los conceptos antes vistos, resulta discutible. Señala, que en el contexto de la aplicación del dictamen N° 6.400, de 2018, vinculado a la aplicación del principio de confianza legítima, no se encuentra cubierto por su protección dado el vínculo de confianza que lo une a los jefes de las diferentes reparticiones. A nuestro juicio, la interpretación de la Contraloría implica desdibujar el carácter accesorio de la encomendación de funciones, en tanto que esa asignación particular de tareas, según estos dictámenes, implicaría que ante el cualificante de la “confianza”, se vuelven definitorias del cargo de que se trate. No vemos de qué manera entonces la encomendación de funciones, en tanto medida de buena administración que optimiza el funcionamiento de una institución pública, podría justificar lo que es finalmente una precarización del empleo del funcionario sujeto de dicha medida, en la que no media (en caso alguno) su consentimiento, y que por lo demás, importa que por definición, sirve y cumple funciones que eran habituales y permanentes al interior de esa organización.

En cuanto al término de la encomendación de funciones, ésta puede ser dejada sin efecto en cualquier momento, inclusive producto de una reestructuración, en la que se advierte que el funcionario a quien se le encomendaron ciertas tareas, ya no cumple las condiciones técnicas para desempeñarse en la unidad respectiva. (Dictamen N°

1.804/2016) En este contexto, el organismo contralor precisa el alcance del fuero sindical del funcionario a quien se le ha realizado una asignación de este tipo, en tanto que el término de dicha encomendación no afectaría la norma contenida en el artículo 25 de la ley N° 19.296, ya que dicho término supone que el funcionario retoma sus labores que son propias del cargo en el que se le designó. Al mismo tiempo, la disposición mencionada indica que las funciones que tiene derecho a conservar el dirigente son las que emanan del cargo que desempeña. (Dictámenes N° 7.613/2020, N° 33.238/2019).

De los dictámenes antes expuestos la Contraloría pareciera entender que el carácter accidental de la encomendación de funciones responde a que es una medida de buena administración, y por la misma razón tiene un origen práctico y en consecuencia, una evaluación que en un principio es pragmática, dependiente de las circunstancias. Sin perjuicio de lo anterior, tal como lo hemos visto, el que la encomendación de funciones sea calificada como una medida de buena administración (aplicado como un estándar), conlleva el que se tenga en vista como medida con vocación de permanencia para un incremento en la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa. En este orden de ideas, la encomendación de funciones permite atender indudablemente tareas que son impostergables y, al mismo tiempo, probablemente sobrevenidas, dándole relativa flexibilidad a un sistema estatutario que se caracteriza por su rigidez, y permite mantener la encomendación de funciones como un recurso flexible, que no tienda al anquilosamiento. La encomendación de funciones implica que se asignen tareas de manera directa y concreta a ciertos empleados de manera que pueda hacerse frente a las necesidades de los ciudadanos, y en un sentido, organizar las funciones desde un punto de vista objetivo y subjetivo a la vez.

b. Permisos.

En cuanto a los permisos la Contraloría ha indicado que en los casos previstos en el artículo 108, 109 y 110 del Estatuto Administrativo, para su otorgamiento la jefatura que corresponda debe ponderar razones de buena administración que estime más adecuadas, en tanto cuenta con la potestad de conceder o denegar este beneficio, no siendo por el contrario, obligatoria su concesión (Dictámenes N° 31.980/2018, N° 30.954/2018, N° 87.206/2016, N° 42.270/2016).

En cuanto a este caso, podemos señalar que las razones de buena administración se entroncan con su aplicación en tanto estándar que mira a la eficiencia y eficacia de la

actuación administrativa, de manera que su correcta organización permitirá, por una parte, que los funcionarios maximicen sus posibilidades de ejercicio de su derecho a permisos, al mismo tiempo que la institución de que se trate, ejecute y concrete de forma adecuada las finalidades del Estado.

c. Otras materias.

Criterio similar al de los permisos establece la Contraloría en Dictamen N° 8.588/2019, relativo al otorgamiento del descanso complementario. Señala, que si bien es un derecho del empleado que cumple con la jornada que le da origen, es obligación de la autoridad otorgarlo, cuidando de no afectar el normal funcionamiento de la institución. Por ello, compete a la autoridad el determinar si lo autoriza, ponderando los intereses personales del funcionario que lo solicita, así como las razones de buena administración que estime necesarias.

Frente a la inminente jubilación de un docente de una universidad del Estado, es necesario que se adopten las medidas de buena administración necesarias para que las clases e investigaciones sean traspasadas oportunamente a otros académicos, a fin de tender a la continuidad y evitar situaciones que vayan en desmedro del desarrollo de las funciones de esa casa de estudios. (Dictamen N° 4.470/2019).

La fijación de turnos es una medida de buena administración que puede adoptar una autoridad a fin de atender las necesidades de la comunidad de manera permanente, regular y continua, de manera que en ejercicio de sus facultades, puede establecer un cambio de horario del respectivo trabajador fijando la oportunidad en la que lo hará efectivo, en la medida que lo estime pertinente. (Dictamen N° 80.268/2016).

Sobre la designación del nombre de una división o departamento no significa en modo alguno, que pueda estimarse que se creen cargos o se establezca la estructura orgánica del Instituto Nacional del Deporte, sino que simplemente responde a una medida de buena administración destinada a identificar las labores que en cada caso cumplen las unidades de que se trate y los empleados que en ellas se desempeñan. (Dictamen N° 77.819/2016).

A propósito de la destinación, en el dictamen N° 72.452/2016 la Contraloría señaló que dicha institución es una facultad privativa del jefe del servicio, quien decide de manera discrecional la forma en la que distribuirá y ubicará al personal de su dependencia, atendidas las necesidades de la repartición. Del mismo modo, los límites que presenta la

destinación, dicen relación con que las labores a ejecutar sean las propias del cargo para el que ha sido nombrado, en la misma institución y jerarquía. De este modo, la destinación es una medida de buena administración y no corresponde a una medida disciplinaria, debiendo apreciar las circunstancias que justifiquen una decisión de este tipo, sin que importe alguna arbitrariedad y se respeten los límites legales.

En cuanto a los cometidos a realizar por los concejales en el cumplimiento de sus funciones, existe el deber del municipio de darles un trato igualitario, de manera que no exista ningún tipo de discriminación, y si bien la determinación de la asignación de los medios representa el ejercicio de una facultad del Alcalde, la decisión de no autorizar o excluir a uno o varios concejales de alguna actividad, obedece a razones de buena administración, en tanto se tuvieron en vista consideraciones de mérito, oportunidad y conveniencia, además, de la disponibilidad presupuestaria (Dictamen N° 22.892/2016).

En el contexto de un convenio de colaboración celebrado por la gobernación y otros servicios públicos, que tiene por objetivo el que exista personal en las gobernaciones para gestionar la entrega de la clave única, para así propender al bienestar de la población, constituye una medida de buena administración. (Dictamen N° 17.529/2016).

En general, sobre estos dictámenes podemos establecer que como se da en los casos anteriores, la utilización de la buena administración en tanto estándar que optimiza la actuación del Estado, mira a la eficiencia y eficacia, es decir que se persigue el mayor rendimiento de los recursos disponibles, con el menor costo que sea posible. En algunos casos, aparece el eje probidad de la buena administración, especialmente, en lo que dice relación con el grado de razonabilidad e imparcialidad con el que debe contar la actuación administrativa, influyendo en la forma en la cual la Administración del Estado se organizará.

IV. CONCLUSIONES.

A continuación, expondremos lo que consideramos que corresponden a las conclusiones más importantes a las cuales hemos arribado en el curso de este trabajo, tanto en lo que dice relación con el análisis dogmático-normativo, como en el análisis práctico vinculado con la jurisprudencia administrativa de la Contraloría recopilada durante el periodo 2016 a 2021.

Consideramos que en efecto, la potestad organizatoria si bien se presenta con una vinculación a la buena administración, normativamente esa vinculación es bastante precisa y cierta, la buena administración servirá como un modelo o pauta para enjuiciar el accionar del Estado en el ejercicio del poder. Concretamente, en el caso de la potestad organizatoria, esa relación servirá como un mandato de optimización que permita satisfacer los tres ejes fundamentales de la buena administración: (a) eficiencia y eficacia, (b) probidad, y, (c) democratización, al tenor del artículo 53 LOCBGAE.

Ahora bien, en lo que dice relación con la jurisprudencia administrativa recopilada durante el periodo considerado en este trabajo, se logra establecer que la relación entre la potestad organizatoria y la buena administración es precisamente una vinculación que es más evidente (como en el caso de los dictámenes sobre materias estatutarias) y que transita a una vinculación que es más implícita (como, por ejemplo, en materia financiera o contractual), pero no por ello inexistente. En la gran mayoría de los dictámenes examinados se presenta especialmente que la Contraloría entiende que la buena administración se pondrá en juego en su versión vinculada a la eficiencia y a la eficacia.

En segundo término, la jurisprudencia administrativa se inclina por entender a la buena administración como un estándar, pero reconoce también que puede ser entendida como un derecho de los ciudadanos. Ahora bien, en su versión como estándar, constatamos que la Contraloría la aplica especialmente al empleo público, y en este contexto, presenta una evidente conexión con la potestad organizatoria, operando como un mandato de optimización de esta última. En general, la Contraloría utiliza de forma profusa a la buena administración para calificar y dar sustento normativo a la encomendación de funciones. Sin embargo, consideramos que es criticable su análisis y conclusiones relativas a la encomendación de funciones directivas y la aplicación del principio de confianza legítima para el término de una contrata. Las consecuencias de esta apreciación excede el objeto de este trabajo, sin perjuicio de que puede ser materia de una nueva investigación

en cuanto a la exploración de la consistencia del análisis de la Contraloría con el conjunto de su jurisprudencia actualmente vigente sobre la materia.

Del mismo modo, corroboramos que también tiene proyecciones en materia financiera, donde especialmente se vincula con lo que se considera como una forma en la que se operativiza el principio de especialidad presupuestaria, al mismo tiempo que se plantea como un mecanismo de control a la Administración del Estado, de manera que se asegure la rectitud, la eficiencia y eficacia en el ejercicio fiscal. Sin perjuicio de ello, se echa en falta una argumentación más robusta de parte del organismo contralor, precisamente, en lo que dice relación con la potestad organizatoria, en tanto que, la maximización de la eficacia de las medidas que la Administración del Estado puede tomar frente a la ejecución del presupuesto a su cargo, descansa en una estructura que se adecúe a esa finalidad, de manera que se refuerce la simplificación, control y eficiencia y eficacia de la actuación administrativa.

V. BIBLIOGRAFÍA.

1. DOCTRINA.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2014. "Derecho Administrativo General". 3a Edición, Santiago, Legal Publishing Chile.

BOLOÑA KELLY, Germán. 2010. "Organización Administrativa". 2a Edición, Santiago, Legal Publishing Chile.

CARMONA SANTANDER, Carlos. 2005. "Derecho Administrativo. Unidad III, La Organización Administrativa", Apuntes de Clases, Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile [en línea] En: <https://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/05/Unidad_III_La_organizacion_administrativa_primera_parte.pdf> [consulta: 17 noviembre 2021].

CAMACHO CEPEDA, Gladys. "Las directrices constitucionales para la administración pública". Revista de Derecho Público. (67): 369-395. 2005.

CORDERO VEGA, Luis. 2020. "El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia". Santiago, DER Ediciones Limitada.

CORDERO VEGA, Luis. 2015. "Lecciones de Derecho Administrativo", Santiago, Legal Publishing Chile.

DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. 1985. "La Organización Administrativa en Chile: Bases Fundamentales", 2a Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ELGUETA ROSAS, María Francisca y PALMA GONZÁLEZ, Eric. 2010. "La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas", 2ª Edición, Santiago, Centro de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2007. "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno". "Revista de Derecho" Vol. XX (2): 69-94.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. 2012. "El concepto de Administración Pública desde la Buena Gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América Española". Anuario da Facultade de Dereito da

Universidade da Coruña (16): 197-223 [en línea] En: <<http://hdl.handle.net/2183/12007>> [consulta: 12 de enero de 2022].

LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2018. "El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos ciudadanos", TransJus, Univesitat de Barcelona, [en línea] En: <http://hdl.handle.net/2445/123329>. [Consulta: 20 de junio de 2022]

LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. "El derecho a una buena administración pública en Chile". Revista de Derecho Público. (88): 93-109. 2018.

LINAZASORO ESPINOZA, Isazkun. 2017. "El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos. Memoria para optar al grado de Licenciada de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

MORAGA KLENNER, Claudio. 2020. "Organismos Legales Autónomos" [en línea] En: https://www.academia.edu/45658376/Organismos_Legalmente_Autonomos [consulta 27 de octubre de 2021].

MORAGA KLENNER, Claudio. 2017. "Derecho a una buena administración en Chile" En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y HERNÁNDEZ G., José Ignacio (Coord.), "Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica", Colección Derecho Público Iberoamericano N° 4, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana

MORAGA KLENNER, Claudio. 2014. "La Potestad de Organización en Chile (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2013, stc 2367-12-CPT)" En: BREWER CARÍAS, Allan R. et al (Coords.), "La Protección de los Derechos frente al poder de la Administración. Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría". Bogotá, Editorial Temis S.A.

MORAGA KLENNER, Claudio. 2010. "Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración del Estado", Tomo VII, Santiago, Legal Publishing Chile.

MORAGA KLENNER, Claudio. 2009. "Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena" En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (Coord.) "Derecho Administrativo: 150 años de doctrina". Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

MORAGA KLENNER, Claudio. 2008. "Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juridicidad" En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (Coord.) "Derecho Administrativo 120 Años de Cátedra". Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. 2013. "La potestad organizatoria y la relación de instrumentalidad: una visión actual" [en línea] En: <https://www.caib.es/sites/advocacia/f/158836> [consulta: 25 de junio de 2022].

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2011. "La Organización Administrativa del Estado", Santiago, Editorial Jurídica de Chile

PAREJO ALFONSO, Luciano. 2009. "Organización y poder de organización en el Estado", Santiago, Publicaciones Programa de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

PALLAVICINI MAGNERE, Julio. 2015. "Derecho Público Financiero". Santiago, Legal Publishing Chile.

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. 2015. "Bases de la Organización Administrativa en Chile. Principios, Normas y Estado Actual" En: BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis (Coord.) "Administración Territorial en Chile. Estudios sobre Descentralización y Desconcentración Administrativa", Santiago, Legal Publishing Chile.

RAJEVIC MOSLER, Enrique. 2008. "La Potestad Organizatoria en el Derecho Chileno: Teoría y Práctica" En: "Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado", Universidad de Antofagasta, Antofagasta.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2018. "Principios del Derecho Administrativo General", Tomo I, 5ª Edición, Madrid, Iustel.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. 2003. "La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, trad. Alejandro Huergo Lora.

SOTO KLOSS, Eduardo. 2012. "Derecho Administrativo. Temas Fundamentales." 3a Edición, Santiago, Legal Publishing Chile.

SILVA CIMMA, Enrique. 1995. "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público." Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. "Manual de Derecho Administrativo", Valencia, Tirant Lo Blanch.

WITKER, Jorge. 1986. "Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho". Madrid, Editorial Civitas S.A.

2. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Sentencia Rol N° 2.367-12-CPT de fecha 16 de enero de 2013.

3. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

1. Dictamen N° E126.000 de 3 de agosto de 2021.
2. Dictamen N° 82.940 de 5 de marzo de 2021.
3. Dictamen N° 1.298 de 15 de junio de 2021.
4. Dictamen N° E64.075 de 29 de diciembre de 2020.
5. Dictamen N° E45.754 de 23 de octubre de 2020.
6. Dictamen N° 7.613 de 8 de abril de 2020.
7. Dictamen 7.148 de 31 de marzo de 2020.
8. Dictamen N° 5.373 de 2 de marzo de 2020.
9. Dictamen N° 33.238 de 27 de diciembre de 2019.
10. Dictamen N° 8.588 de 27 de marzo de 2019.
11. Dictamen N° 4.470 de 12 de febrero de 2019.
12. Dictamen N° 31.980 de 27 de diciembre de 2018.
13. Dictamen N° 30.954 de 13 de diciembre de 2018.
14. Dictamen N° 28.664 de 19 de noviembre de 2018.
15. Dictamen N° 28.660 de 19 de noviembre de 2018.
16. Dictamen N° 26.894 de 26 de octubre de 2018.
17. Dictamen N° 25.190 de 8 de octubre de 2018.
18. Dictamen N° 17.629 de 12 de julio de 2018.
19. Dictamen N° 14.240 de 7 de junio de 2018.
20. Dictamen N° 13.332 de 29 de mayo de 2018.
21. Dictamen N° 13.225 de 28 de mayo de 2018.
22. Dictamen N° 227 de 4 de enero de 2018.
23. Dictamen N° 27.942 de 26 de julio de 2017.
24. Dictamen N° 18.161 de 18 de mayo de 2017.

25. Dictamen N° 10.336 de 24 de marzo de 2017.
26. Dictamen N° 5.759 de 15 de febrero de 2017.
27. Dictamen N° 89.903 de 15 de diciembre de 2016.
28. Dictamen N° 87.206 de 1 de diciembre de 2016.
29. Dictamen N° 83.456 de 17 de noviembre de 2016.
30. Dictamen N° 80.299 de 4 de noviembre de 2016.
31. Dictamen N° 80.268 de 4 de noviembre de 2016.
32. Dictamen N° 77.819 de 21 de octubre de 2016.
33. Dictamen N° 72.452 de 4 de octubre de 2016.
34. Dictamen N° 52.827 de 15 de julio de 2016.
35. Dictamen N° 47.270 de 24 de junio de 2016.
36. Dictamen N° 37.117 de 18 de mayo de 2016.
37. Dictamen N° 22.892 de 24 de marzo de 2016.
38. Dictamen N° 17.529 de 4 de marzo de 2016.
39. Dictamen N° 6.017 de 22 de enero de 2016.
40. Dictamen N° 1.804 de 8 de enero de 2016.

4. LEGISLACIÓN CITADA.

Constitución Política de la República de Chile.

Código Orgánico de Tribunales.

D.F.L. N° 1/19.653, de 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

D.F.L. N° 1, de 2006, que fija el texto texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

D.F.L. N° 1/19.175 que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

Ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Ley N° 19.526, de reforma constitucional sobre Administración Comunal.

Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

Ley N° 19.646, que concede beneficios económicos al personal del Servicio de Impuestos Internos, del Consejo de Defensa del Estado, de la Dirección de Presupuestos y de la Fuerzas Armadas, y dispone otras normas sobre racionalización del sector hacienda.

Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 19.882, que regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica.

Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

D.F.L. N° 7.912, de 1927, que organiza las Secretarías de Estado.

D.F.L. N° 29, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Decreto Ley N° 1.263, de 1975, de Administración Financiera del Estado.

Decreto Supremo N° 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda. Fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea