



Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Departamento de Derecho Público

CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA

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

Autor: Melisa Rojas Moyano

Profesor guía: Cristián Román Cordero

SANTIAGO, CHILE

2014

**A mi familia y
a Jorge.**

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL FENÓMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	6
I. CAPÍTULO: PANORAMA DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO	7
1.Evolución histórica de la organización Administrativa del Estado	8
1.1. Un acercamiento a la noción de Administración del Estado	8
1.2. La organización de la Administración del Estado y los cambios del siglo XX	11
1.3.Conformación de la Para-Administración	19
1.4.Periodo pre-constitucional: 1973-1980	24
1.5. La Constitución de 1980 y la organización actual de la Administración del Estado	27
2.Órganos de la Administración del Estado	31
2.1.Concepto, características y regulación	31
2.2.Órganos que integran la Administración del Estado	36
2.2.1.Órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la “función administrativa”	39
2.2.2.Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa	42
3.Comentarios	45
II. CAPÍTULO: EL FENÓMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	50
1.Conceptualización del fenómeno de «huida del derecho administrativo»	51

1.1.Aproximación general y sus manifestaciones_____	51
2.La crítica de ineficiencia e ineficacia de las estructuras organizativas de la Administración Pública como principal fundamento del fenómeno_____	57
3.Reacciones ante la huida del derecho administrativo: derecho comparado y derecho nacional _____	63
3.1.El fenómeno en España_____	63
3.2.La huida del derecho administrativo en Chile _____	71
3.3.Respuestas y alternativas de la doctrina_____	74

SEGUNDA PARTE: CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO _____ 79

III. CAPÍTULO: CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA _____ 80

1. Nociones generales y naturaleza jurídica _____	80
1.1.Concepto_____	81
1.2.Naturaleza jurídica _____	83
1.2.1.Distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado_____	83
1.2.1.1.Criterios expuestos por la doctrina _____	84
1.2.1.2. La Administración del Estado y la noción de persona jurídica _____	87
1.2.2. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como entidades distintas de aquellas personas jurídicas reguladas principalmente por el derecho común _____	91
1.2.3. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como entidades diferentes a los órganos y servicios públicos propiamente tales_____	99
a.Forma de constitución_____	100
1.Respecto a los OAE_____	100
2.Respecto a las personas jurídicas de derecho privado _____	101

2.1. Constitución de personas jurídicas sin fines de lucro pre-reforma Ley N° 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública_____	101
2.2. Constitución de personas jurídicas privadas sin fines de lucro según reforma Ley N° 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública_____	103
3. Respecto de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública _____	105
3.1. Casos_____	105
b. Aparataje jurídico o forma externa_____	110
1. Distinción entre corporaciones y fundaciones _____	111
c. Atribución y titularidad de potestades públicas _____	117
i. Concepto de potestad_____	117
ii. Potestades administrativas_____	118
iii. Mecanismos y técnicas de atribución de potestades_____	122
2. Elementos constitutivos de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública _____	127
2.1. La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, o la iniciativa pública de creación _____	131
a. La potestad organizatoria_____	132
i. Concepto_____	132
ii. Regulación_____	134
iii. Conflictos relevantes del ejercicio de la potestad organizatoria_____	144
iv. Iniciativa pública de creación en nuestra legislación: Casos_____	147
2.2. La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos_____	162
2.3. La naturaleza de las funciones que desempeñan o el cumplimiento de funciones administrativas_____	167
a. Concepto de función administrativa _____	168

3. Resumen _____	173
IV. CAPÍTULO: PRINCIPALES CONFLICTOS Y LA HUÍDA DE LOS MECANISMOS DE CONTROL Y GARANTÍAS _____	176
1.Huida del control Administrativo _____	178
i. Acercamiento a una noción de control_____	178
ii. Tipos de control_____	180
iii. Control interno y control externo _____	181
a. Un concepto moderno de control: control interno y control de gestión____	182
1.1.Huida del control de gastos: Huida de los mecanismos de control presupuestario y financiero _____	185
1.1.1. Casos en materia de huida de los mecanismos de control presupuestario y financiero_____	195
1.2.Fuga del Estatuto Administrativo _____	209
1.2.1.Laboralización de la función pública en Chile _____	218
1.2.2.Laboralización de la función pública en el derecho comparado_____	222
2. Situaciones jurídicas anómalas_____	227
2.1.La atribución de potestades públicas a entes privados: el caso de CONAF_____	227
2.1.1.CONAF y la compra del Helicóptero W3-A Soko_____	236
2.1.1.1.El dictamen N° 5.665 y la posición de Contraloría frente a la situación Jurídica de CONAF_____	240
2.1.2. CONAF y la compra de aviones Dromader_____	244
2.2. La actividad de fomento y la creación de corporaciones técnicas de derecho privado _____	250
2.2.1 Servicio de Cooperación Técnica _____	251
2.2.2. SERCOTEC y su participación en corporaciones técnicas de derecho privado_____	260

V. CAPÍTULO: PROPUESTAS PARA MEJORAR EL TRATAMIENTO DE CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTUAL ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	268
i.Una mirada desde el derecho comparado: Los casos de España, Italia y Francia	269
a. España	269
b. Italia	272
c. Francia	274
ii.Consideraciones en materia de control interno y garantías	277
a.Control interno ejercido por la Contraloría General de la República	277
b. Control ciudadano	279
iii.Consideraciones en el tratamiento normativo de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública	284
CONCLUSIONES	287
BIBLIOGRAFÍA	299

TABLA DE ABREVIATURAS

art.	Artículo
inc.	Inciso
CC	Código Civil
CGR	Contraloría General de la República
CPLT	Consejo para la Transparencia
CPR	Constitución Política de la República
CONAF	Corporación Nacional Forestal
CORFO	Corporación de Fomento a la Producción
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto ley
LBPA	Ley de Bases Generales de los Procedimientos Administrativos
Ley de Transparencia	Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado
LOAFE	Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
OAE	Órganos de la Administración del Estado
p.	Página
SERCOTEC	Servicio de Cooperación Técnica

INTRODUCCIÓN

La vertiginosa expansión del Estado y la consecutiva utilización por parte de la Administración de formas privadas, se remonta a la época del auge de la actividad industrial. El Estado asume nuevas funciones, participando en el ámbito económico, comercial y público, y las consecuencias de dicho fenómeno se manifestaron en la creación de nuevas entidades a las que se prefiere sujetar su actuación al derecho privado.

Esta "huida del derecho administrativo", articulada como consecuencia del crecimiento de la organización de la Administración Pública y de la incapacidad para actualizar correlativamente su estructura organizacional, se reflejó en la creación de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, para colaborar con el cumplimiento de funciones administrativas. En la actualidad, la aparición y permanencia de estas formas instrumentales de derecho privado en la estructura organizacional, no sólo conlleva una fuga al control ejercido por el derecho administrativo, sino que también significa una indefensión para las garantías de los ciudadanos, dificultando el control social a efectuar por los mismos.

Por ende, la justificación de este trabajo recae en la esencia misma del derecho administrativo, pues se vuelca hacia el dinamismo que la contingencia

política, social y económica le proveen, y cuya razón de ser se puede hallar en la frase del catedrático J.L. Villar Palasí:

“El derecho administrativo no es una creación pacífica de la razón, o un producto de usos y costumbres juridizados (...) sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder en la sociedad, como un subproducto –ingente, pero derivativo– de la política, a modo de un epifenómeno de la misma”¹

Comprendiendo la importancia del estudio de estos fenómenos, corresponde identificar, durante nuestra investigación, el lugar que ocupan dichas entidades, tanto en el marco organizacional, como en el aspecto normativo nacional. Para ello, se analiza a la luz de la doctrina y jurisprudencia administrativa actual, cuándo es posible encuadrar sus funciones como públicas y, por ende, sujetar éstas entidades al control administrativo correspondiente.

De esta forma, la presente investigación busca, como uno de sus objetivos principales, plantear cuál es la dimensión y alcance que debe tener el actuar de los poderes públicos al momento de crear estas entidades, es decir, referirse a

¹ Citado en FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. Revista de Derecho Volumen XX (2), 2007, p. 71.

los límites de la potestad organizacional y su fricción con el principio de legalidad.

Asimismo, siendo la falta de regulación y de criterios uniformes, en algunos casos, los principales problemas que afectan a estas entidades, es que, mediante el presente trabajo, se buscará dilucidar el tratamiento a estos conflictos, distinguiendo cuál es el sustento legal en que se basa esta “huida” y, cuáles son los mecanismos que nuestro actual sistema jurídico puede ofrecer para contenerla y, principalmente, para ejercer el control pertinente.

Para estos fines, la presente memoria se dividirá en dos partes; la primera comprenderá dos capítulos, que nos guiarán a modo de introducción al tema principal, el que se abordará en pleno en la segunda parte de este trabajo. Esta última parte contendrá tres capítulos.

En el primer capítulo se contextualizará el paisaje organizacional de la Administración del Estado y la aparición de la Administración Invisible, Para-Administración o Administración Paralela, como también es conocido este fenómeno. Siendo en esta etapa el momento en que surgen las corporaciones y fundaciones en estudio como entidades coadyuvantes creadas para el cumplimiento de la función administrativa.

En el segundo capítulo se estudiará a profundidad el fenómeno de huida del derecho administrativo, dinámica en la que se encuentran insertas estas

entidades, y que se fundamenta en la invocación de razones de eficacia, con el objeto de utilizar en pos de la eficiencia las reglas del derecho privado. En este sentido, se debe profundizar en la aparición de este tipo de entidades privadas en la organización administrativa, proceso que responde, a su vez, a las críticas sobre la ineficacia y escasa flexibilidad de los Órganos de la Administración del Estado para llevar a cabo correctamente la función administrativa.

En el tercer capítulo, será pertinente revisar el régimen jurídico actual de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública en Chile, cuál es la potestad de organización de la Administración para constituir las y cómo se han adecuando en la estructura administrativa. Específicamente se efectuará el estudio de casos relativos a las corporaciones municipales, a la Red de fundaciones privadas creadas por la Primera Dama o en universidades públicas, y a las situaciones jurídicas anómalas que viven ciertas entidades como CONAF, SERCOTEC o CIREN.

En el cuarto capítulo efectuaremos una revisión a los conflictos legales y constitucionales, surgidos por la existencia de entidades que detentan funciones públicas, la avanzada huida del control de gastos, la fuga del Estatuto Administrativo y otras situaciones jurídicas anómalas presentes en nuestro ordenamiento.

Al finalizar esta investigación, y con la intención de hacer una crítica a la utilización de este tipo de entidades por parte de la Administración, se realizarán breves comentarios relativos a propuestas para mejorar el tratamiento de las entidades en estudio y, así proyectar posibles soluciones a los conflictos vigentes, ampliando los mecanismos de control y uniformando criterios para el tratamiento legal de dichos fenómenos.

**PRIMERA PARTE: LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL
FENÓMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.**

I. CAPÍTULO: PANORAMA DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO.

La existencia de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública es una clara expresión del fenómeno de la huida del derecho administrativo. Desde su surgimiento, y posterior expansión, como alternativa al “exceso de regulación administrativa”, se han generado una serie de conflictos relativos a su participación en el panorama estructural de la organización administrativa, y un cuestionamiento esencial a su capacidad como entidades de derecho privado de ejercer funciones administrativas.

En consecuencia, la primera parte del presente capítulo tiene como principal objetivo exponer la evolución de la estructura organizacional de la Administración del Estado y ubicar el estudio de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública dentro de dicho contexto.

A su vez, en la segunda parte, se abordará la ubicación de dichas entidades entre los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa, con las implicancias que dicha expresión conlleva y que ha desarrollado la doctrina y jurisprudencia nacional.

1. Evolución histórica de la organización Administrativa del Estado.

La organización Administrativa del Estado comprende un complejo de sujetos de derecho, cuya sujeción a normas y principios de derecho público determina en qué forma se llevará a cabo la función administrativa de un Estado, y cómo se organizan e interactúan entre sí los distintos órganos que componen la Administración Pública.² Esto implica que “la actividad administrativa se desarrolla en y a través de organizaciones”³.

En esta idea radica la importancia de articular la evolución de la organización administrativa en Chile, cuyo proceso es funcional para ubicar a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública en el plano de la Administración del Estado -o fuera de él- , reconociendo su rol de operadores de la actividad administrativa.

1.1. Un acercamiento a la noción de Administración del Estado

En principio, la doctrina no se encuentra conteste en la definición de Administración del Estado, así como tampoco sobre cuáles serían los elementos que identifican a los órganos que cumplen función administrativa,

² Un sistema de organización administrativa se define como “el conjunto de normas y principios según los cuales se estructuran orgánicamente las unidades que componen el complejo administrativo”. DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ed. Jurídica de Chile, 1982. p. 107.

³ SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema; Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2003, p.251.

indeterminación existente, tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado⁴.

Tradicionalmente, en nuestro país se ha conceptualizado a la Administración del Estado o Administración Pública, conceptos que para efectos del presente trabajo se entenderán como sinónimos⁵, desde el punto de vista subjetivo, formal u orgánico. En este sentido, se entiende a la Administración como organización, en contraste de su concepción como Administración función y como Administración gestión. El profesor Rolando Pantoja Bauza nos indica que el concepto de “Administración organización” comprende al conjunto de órganos que cumplen la función administrativa del Estado; a su vez, a la expresión de “Administración función” se entiende como una de las actividades esenciales que el Estado realiza ante la sociedad y, por último, como “Administración gestión” se comprende a la forma doméstica en que ella maneja los recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos que la ley pone a disposición suya para realizar sus fines públicos⁶.

⁴ FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS. “La Administración Pública en la estructura de poder del Estado: Algunas reflexiones iniciales”. Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco N°2, Temuco, 2001. p. 9.

⁵ Siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en los considerandos cuarto y quinto de la Sentencia Rol N°39, de 1986 que se pronuncia sobre el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se entenderán como sinónimos los conceptos de Administración del Estado y Administración Pública. Así, en éstos términos el concepto de “derecho administrativo” puede ser comprendido como el “conjunto de normas y principios que estudia –y regula- a la administración, concretamente a la Administración del Estado o Administración Pública (Pantoja, Rolando). En esta línea, se entiende al Derecho Administrativo como el “derecho de la Administración Pública”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, 12°, Madrid, 2004. p. 29).

⁶ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Apuntes de Clases: El Concepto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Otoño 2008, p. 9.

En palabras de Daniel Argandoña, se puede entender que si “la Administración Pública es parte del Estado, que es en sí “una organización institucionalizada”, ha de estar ella constituida, en ese contexto global, por un conjunto de órganos llamados a conducir y ejecutar las tareas administrativas⁷.

Dados estos tres conceptos de lo que se entiende por Administración del Estado, cabe señalar que la doctrina nacional⁸ a principios del Siglo XX comienza a definir al derecho administrativo por su objeto, es decir por la Administración del Estado, y en esta perspectiva, por caracterizar desde una visión orgánica a la Administración.

Esta noción de Administración Pública y su reflejo en la estructura de la organización administrativa, de comienzos del siglo pasado, tiene sus bases en la influencia preponderante que el derecho europeo continental estampó, a través de sus instituciones, principios y reglas, en la construcción de nuestro derecho administrativo. De tal manera que, durante esta época, nuestro derecho fue evolucionando a la luz, principalmente, de los aportes del derecho francés⁹, en un contexto histórico en que el Estado Social tuvo su máximo

⁷ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p. 20.

⁸ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. La Organización Administrativa del Estado, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1998, p.108-116.

⁹ En este sentido el profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez manifiesta que “(...) la influencia de las categorías y conceptos del derecho francés va a influir sin contrapeso en la explicación y sistematización del derecho chileno. Así autores como Lastarria y Prado van a postular la configuración de un derecho administrativo chileno siguiendo los postulados teóricos del derecho francés clásico, en el que la separación estricta de las autoridades administrativas y judiciales, la división entre ordenamientos jurídicos privados y públicos, la construcción de una administración pública centralizada y paternalista y la configuración de una justicia administrativa especializada serán notas insoslayables de la recepción del derecho galo en

desarrollo. Así, el derecho administrativo nacional asimiló en su estructura institucional la noción del servicio público desarrollada por el derecho francés, mediante las obras de los profesores León Duguit y Gastón Jeze. Asimismo, la Administración estatal fue reflejando en su regulación los cambios provocados por factores socio-económicos que obligaron al Estado a dejar de lado su rol abstencionista y liberal consagrado durante el Siglo XIX.

1.2. La organización de la Administración del Estado y los cambios del Siglo XX.

A saber, en principio, la Constitución de 1833, sólo “se limitaba a regular una administración pública fiscal, dependiente o central¹⁰”, es decir, existía una “administración centralizada en el Poder Ejecutivo constituido por el Presidente de la República, colocada, toda ella, en la personalidad jurídica del Estado y compuesta por organismos de administración nacional o general para todo el territorio”¹¹. En torno al rol del Presidente se configuraba una Administración Pública centralizada y autoritaria cuyo ámbito de acción se estructuraba en base a cargos públicos.

Por su parte la Constitución de 1925, reconoció la existencia de la Administración Pública, distinguiendo en su estructura organizacional, una

nuestro sistema”. FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. Ob. Cit. p. 74.

¹⁰ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Ob. cit. p. 105.

¹¹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. cit. p. 48.

administración central, y asambleas provinciales y municipalidades a nivel de descentralización territorial. Mediante la reforma aprobada por la Ley N° 7.727, de 1943, se reformuló ésta estructura y se incorporó a la carta política entes como empresas fiscales e instituciones semifiscales, reconociendo el constituyente estos organismos descentralizados funcionalmente, e integrando, a su vez, técnicas del derecho privado a la organización estatal.¹²

Estos cambios que presenta el panorama administrativo se comprenden dentro del plan de desarrollo económico que impulsaría el presidente Pedro Aguirre Cerda, desde el inicio de su mandato en 1938. Esta planificación se basó en una mayor intervención estatal en la actividad empresarial, la que se llevó a cabo principalmente mediante un proceso de industrialización.

De esta forma, el espectro organizacional tuvo que hacerse cargo de la expansión de funciones que asumía el Estado de Bienestar, creando nuevas entidades que se desempeñaban bajo la nómina de empresas públicas o instituciones fiscales o semifiscales. Como señala el profesor Varas, “el desarrollo de la intervención del Estado en materias de carácter comercial e industrial hace necesaria la creación de estas personas jurídicas, capaces de

¹² Así la Constitución de 1925 en su texto original sólo reconocía la existencia de la Administración Pública:

Artículo 43. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1°. Aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el gobierno.

Con la reforma de 1943, que tenía como uno de sus fines regular la iniciativa parlamentaria en leyes sobre gasto público, el texto constitucional pasa a considerar la existencia de las empresas fiscales e instituciones semifiscales.

Artículo 45, inciso 3°. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

contratar y de actuar administrativa y civilmente, con la oportunidad y rapidez que las necesidades de la industria requieren”¹³.

Mediante diversas reformas se fue dando un abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración estatal. Surgieron empresas y sociedades estatales cuyo fin fue dar mayor flexibilidad y autonomía a la realización de cometidos generalmente de carácter económico, industrial o comercial. En este periodo, al alero de políticas económicas desarrollistas, fueron creadas grandes empresas estatales, mientras que el servicio público se convirtió en el instrumento político-económico de intervención por muchos años en el país¹⁴. Fue tal la trascendencia de la noción de servicio público que este concepto definió el derecho administrativo por mucho tiempo¹⁵. Así, el profesor Enrique

¹³ Citado en PANTOJA BAUZA, Rolando. Ob. cit. p. 56.

¹⁴ Los gobiernos ulteriores continuaron implementando sus políticas de desarrollo mediante la creación de empresas que cumplían un importante rol estimulando el incipiente desarrollo industrial de Chile, como la Empresa Nacional de Electricidad (1943), la Empresa Nacional del Petróleo (1950), la Compañía de Acero del Pacífico (1946), la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y la Industria Azucarera Nacional, entre otras. A su vez, también se fueron creando servicios públicos en las décadas posteriores, de esta forma don Jorge Alessandri Rodríguez, al promulgar la ley de Reforma Agraria implementó, a través de servicios públicos: la Corporación de la Reforma Agraria (CORA), el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) y el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP). Posteriormente, don Eduardo Frei Montalva, desarrolló su programa de gobierno en el campo de la construcción, acudiendo a cuatro grandes servicios públicos: la Corporación de la Vivienda (CORVI), la Corporación de Servicios Habitacionales (CORHABIT), la Corporación de Obras Urbanas (COU) y la Corporación de Mejoramiento Urbano (CORMU).

¹⁵ Hasta ese entonces no existía gran desarrollo de la realidad administrativa en el país, no obstante, en la doctrina nacional se fueron asentando los lineamientos de la teoría del Servicio Público. Esta teoría desarrollada principalmente por los profesores León Duguít y el Gastón Jéze, constituye según este último “la piedra angular del Derecho Administrativo francés y sirve de único molde a todas las instituciones del Derecho Público”. La influencia de del derecho francés fue recogida en los tratados de derecho administrativo nacional, así para don Guillermo Varas Contreras “la Administración Pública (...) se presentaba como un conjunto de servicios públicos, esto es, de organizaciones estatales permanentes que actuaban en forma regular y continua en la satisfacción de las necesidades públicas, conforme a normas de Derecho público”. Definiendo al servicio público como “toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública de una manera regular y continua”, de tal manera

Silva Cimma, conceptualiza al derecho administrativo como “aquel que tiene por objeto la creación, organización, funcionamiento y supresión de los Servicios Públicos, la regulación de la actividad jurídica de la Administración del Estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes”¹⁶. En efecto, ante la escasa sistematización de la organización de la Administración del Estado, el profesor Silva Cimma estructuró los organismos administrativos en servicios públicos de la siguiente forma:

- 1.- Los servicios de Administración Fiscal o de la Administración Pública.
- 2.- Los servicios de la Administración Pública con régimen de autonomía.
- 3.- Las instituciones, sean fiscales o semifiscales.
- 4.- Las empresas, sean fiscales o semifiscales¹⁷.

Avanzada la primera mitad del Siglo XX, la jurisprudencia administrativa también realizó un esfuerzo por sistematizar la compleja situación organizacional descrita ante la creación de varios órganos autónomos, y empresas e instituciones estatales. La CGR emitió el dictamen N° 55.741 de

que se enfatiza en la satisfacción de las necesidades públicas de forma permanente, regular y continúa, siendo “estas características tan especiales dan origen a un régimen legal, también especial, que permite satisfacer las necesidades públicas en forma amplia, sin las trabas ni restricciones que impone, a veces, el derecho privado en las relaciones civiles entre particulares. El régimen del servicio público debe tener, pues, como fundamento y fin, la satisfacción superior de necesidades públicas y, como medio, el poder legal suficiente para atenderlas, en todo instante, sin consideración a interés particular alguno; atención que debe hacerse de una manera regular y continua, dentro de la marcha ordenada y normal de la colectividad social”. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Ob. cit. p. 153.

¹⁶ SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992. p. 46

¹⁷ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Ob. cit. p. 57.

1957, complementado por el posterior dictamen N° 80.429 de 1960, el cual distinguió en ese escenario organizacional:

- 1.- Un sector central, constituido por los servicios fiscales, dependientes o de Administración central.
- 2.- Un sector funcional y territorialmente descentralizado, conformado por los organismos con personalidad jurídica que integraban dicha Administración. Sector formado por las instituciones, semifiscales y fiscales, y las empresas públicas del Estado, llamadas también empresas autónomas o empresas fiscales.¹⁸

Relevante fue también la dictación del dictamen N° 23.379 de 1959, el cual diferenció los conceptos de Sector Público y Sector Privado, distinguiendo y posicionando a los organismos que conformaban cada sector. Además definió el concepto de Administración del Estado, señalando que éste incluye tanto a los servicios de la administración centralizada del Estado como a las instituciones de la administración descentralizada.

A su vez, el dictamen N° 80.429 de 1960, es determinante pues nos entregó directrices sobre qué debemos entender por institución fiscal

¹⁸ Este dictamen determina el sentido de una “institución semifiscal”, aquella que, en términos generales, abarca todas las instituciones cuyo origen deriva de la ley, son regidas por un estatuto especial, realizan fines de interés público, cuentan con un patrimonio independiente y tienen personalidad jurídica propia lo que les entrega autonomía, pero sobre las cuales la Administración ejerce su tuición y vigilancia. Es decir, a pesar en esta expresión no cabían las personas jurídicas privadas de iniciativa pública, para aquellas no existía concepto que las incluyera dentro de la Administración Pública. KÜHN, Claudia y ACUÑA, Ruth. “Fondos en el Derecho Público Chileno”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, p. 16.

perteneciente a la Administración Fiscal, lo que nos daba un atisbo de las características que debería tener un órgano para pertenecer a la actual Administración Pública. En dicho dictamen, se trata la naturaleza jurídica del Servicio Nacional de Salud, señalando que tal organismo corresponde a un organismo fiscal y no a uno semifiscal, a pesar de contar con personalidad jurídica y autonomía de administración, pues le corresponde cumplir funciones contempladas en la Constitución, su financiamiento se efectúa con aportes presupuestarios fiscales, y se aplica el régimen estatutario de los funcionarios de la Administración Pública. Se debe mencionar el dictamen N° 40.236 de 1966, el cual señala que los servicios que adoptan en su organización fórmulas societarias de derecho privado no formarían parte de la Administración del Estado, por más que en su constitución se hayan empleado fondos públicos.

De este modo, las nuevas fórmulas organizacionales que fue incorporando la Administración del Estado, en este proceso de intervención económica, transitaron desde la creación de empresas estatales, para actuar en los campos comercial e industrial, a la formación de sociedades de economía mixta, como personas jurídicas de derecho privado; de sociedades anónimas, muchas de ellas creadas por la CORFO, hasta la formación de corporaciones o fundaciones de derecho privado a las que se les otorgaba la gestión de una actividad de interés general. En ese sentido, el organismo contralor ejerció una labor de armonización de la legislación y realidad administrativa imperante.

El cambio de rol de Estado policía o gendarme a un Estado prestacional ¹⁹ y la consecutiva expansión de la Administración Estatal, conllevó la utilización de nuevas fórmulas jurídicas que le permitieron al Estado una participación adecuada en el proceso de industrialización.

Este cambio de rol induce a un replanteamiento de los principios de jerarquía y centralización que lideraban la organización administrativa. Para Parejo Alfonso, eso se debe principalmente a tres fenómenos:

- 1.- Descentralización funcional que implica la creación de organizaciones especializadas, formalmente separadas y autónomas que ponen en crisis ambos principios.
- 2.- La utilización de fórmulas organizativas de intervención de la Administración en la actividad económica.
- 3.-La potenciación de la Administración en la toma de decisiones que antes competían al poder legislativo, lo que conlleva una demanda de mayor participación.

Estas tres variables, que ya se manifiestan en el panorama nacional, transformaron la estructura organizacional de la Administración, lo que se exteriorizó mediante la creación de empresas estatales o sociedades de economía mixta, formadas por un patrimonio con el concurso de particulares y

¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de Derecho Administrativo, 5º Edición. Editorial Ariel. Barcelona, 1998, p. 3.

el Estado, o mediante la asociación del Estado a una entidad ya existente como accionista, a las cuales se le dio la denominación de organismos semifiscales, sean instituciones o empresas, situación que vino a confundir aún más el espectro organizacional.

Por lo demás, desde ese entonces, ya se discutía el carácter público de este tipo de órganos, pues la doctrina se cuestionaba cuáles serían los criterios para determinar si correspondían o no a un servicio público, dada la intervención del Estado y el carácter público del interés involucrado.

Silva Cimma señalaba al respecto que “la clasificación de los servicios públicos presenta innumerables dificultades. En efecto, los servicios públicos han sido creados por el legislador sin atender a una pauta uniforme y su nacimiento ha ido surgiendo a medida que el Estado ha intuido la conveniencia de realizar una necesidad general mediante el procedimiento de derecho público.”²⁰

Pantoja Bauzá explica que para la segunda mitad del Siglo XX el legislador comenzaba a reaccionar, siendo el Presidente Frei Montalva quien envía un proyecto de reforma constitucional al Congreso, en el que reconocía que:

“el crecimiento de las funciones del Estado moderno y su intervención en materias económicas ha dado origen en los últimos decenios a numerosos organismos, instituciones o empresas en las

²⁰ Citado en PANTOJA BAUZA, Rolando, Ob. cit. p. 60

que participa el Fisco y a través de las cuales se satisfacen necesidades colectivas. Estas entidades, que el constituyente de 1925 no previó, se han ido agregando a la estructura administrativa de un modo desordenado y confuso, lo que ha producido una verdadera anarquía en materia de organización, denominación y régimen jurídico de los diversos servicios que integran la administración”.²¹

1.3. Conformación de la Para-Administración.

Durante este contexto aparece el fenómeno denominado Para-Administración, Administración Invisible²², Administración Paralela o Parasistema Administrativo, concerniente al surgimiento de un conjunto de órganos, que no se ajustaban dentro de las fórmulas tradicionales de derecho público. Este sector comprende principalmente formas empresariales, societarias, corporaciones y fundaciones de derecho privado que realizan

²¹ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Ob.cit. p. 67.

²² Se denomina así en la obra de Gustavo Reyes y Eduardo Soto K. “Régimen Jurídico de la Administración del Estado” publicada en 1980. También es mencionada con esa nomenclatura en la obra de Manuel Daniel Argandoña, “La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales” de 1982. Por su parte, el profesor Pierry Arrau, prefiere denominarlo de manera provisoria “sector paraestatal” en su artículo “Transformaciones en la Organización Administrativa del Estado” publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 6 de 1982. A su vez, el profesor Cristián Román Cordero, en su trabajo “La Para-Administración. Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado creadas a instancia pública. Público y Privado” publicado el año 2011 se refiere a este fenómeno como la Para- Administración, concepto que hemos preferido utilizar a lo largo de este trabajo

actividades de interés general, conformadas por el Estado mismo o por una persona jurídica de derecho público, para coadyuvar en la función administrativa. En un principio, responde a la manifestación de la actividad de fomento del Estado.

Para Daniel Argandoña estas empresas o entidades deben concitar la participación del Estado en capital o representación, atendido sus fines ligados al interés público²³. Muchas de estas empresas y sociedades, en las que el Estado tiene participación, han sido creadas mediante el plan implementado por la CORFO, como parte del proceso descrito de intervención estatal en la actividad económica. Según dicho autor, la denominación de Administración Invisible, se debe a que los “intereses públicos son satisfechos no por los órganos que pertenecen a la estructura orgánica y visible del Estado y conforme al ordenamiento jurídico público y administrativo, sino por personas o entidades de derecho privado que no pertenecen a la organización estatal”²⁴. Por ende, quienes siguen esta línea de pensamiento²⁵, estiman que uno de los principales problemas de este fenómeno dice relación con su expansión al exterior de la estructura organizacional de la Administración del Estado. En efecto, al analizar

²³ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” N° 10, Valparaíso, 1986. p 443.

²⁴ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p.112.

²⁵ En esta línea se manifiesta el profesor Pedro Pierry en sus artículos: “Transformaciones en la Organización Administrativa del Estado” y “Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX”. Así también lo señala Juan Carlos Ferrada en “La Administración Pública en la estructura de poder del Estado: Algunas reflexiones iniciales”.

posteriormente la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en 1986, el autor, señala como crítica ante la escasa referencia legal a este problema, “que a fin de evitar desviaciones, proliferación incontrolable y carencia de mecanismos de responsabilidad de quienes dirigen tales entidades, habría sido importante y conveniente la introducción en esta ley de ciertas reglas básicas de relación entre ellas y la Administración”²⁶. Una referencia del legislador, que aprecia el autor, debe situarlas en la perspectiva de su relación con la Administración, más no dentro de la organización de la misma.

La realidad de estas entidades, era que no tenían cabida en el esquema organizacional, pues la Administración Pública se encontraba inserta en un panorama tan dinámico de eclosión social y económica, que la legislación no reaccionaba a tiempo para adecuarse a dichos cambios, y sistematizar la organización administrativa. De esta forma, la utilización de técnicas privadas por parte de la Administración fue reflejando “una interpenetración o interrelación entre los ámbitos del derecho público y del derecho privado, hasta el punto que hoy día resulta a veces difícil saber dónde terminan las fronteras de uno y dónde comienzan las del otro”²⁷. Dada la complejidad y la evolución de las múltiples necesidades de la sociedad, se fueron instrumentalizando estas técnicas como una respuesta ante las críticas de ineficiencia en algunos

²⁶ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado”. Ob. cit. p. 452.

²⁷ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p. 112.

ámbitos de las estructuras organizativas y de las regulaciones restrictivas de su forma de actuación.

Este sector se configuró en concreto, según Pierry Arrau, por personas jurídicas de derecho privado, a través de las cuales el Estado asume la gestión de actividades de servicio público. Entre estas entidades se podían distinguir dos tipos:

- a) Personas Jurídicas con fin de lucro de carácter empresarial; generalmente sociedades anónimas y de responsabilidad limitada; que pertenecen íntegramente al Estado o a sus instituciones descentralizadas o en que tienen participación mayoritaria o igualitaria.
- b) Personas jurídicas sin fin de lucro, generalmente corporaciones o fundaciones, constituidas por el Estado o sus Instituciones descentralizadas y dirigidas e integradas por éstas a través de sus representantes o controladas por el Estado²⁸.

Para el autor, como se previno, dichas entidades corresponden a un sector exterior de la Administración del Estado, en el que la frecuente referencia que el legislador ha hecho al dictar normas para la Administración del Estado,

²⁸ PIERRY ARRAU, Pedro. "Transformaciones en la Organización Administrativa del Estado". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 6. Valparaíso, 1982. p. 349.

incluyéndolas, ha significado una publicización de estos entes, lo que conlleva, en su opinión, a la necesidad de que configuren una categoría propia²⁹.

En consecuencia, surgieron diversos ejemplos de administración atípica en el país, pues además de la creación de sociedades y empresas estatales, se extendió la constitución de corporaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública. Así, mediante Decreto Supremo N° 2.541, de octubre de 1966, se creó el Instituto Nacional de Capacitación Profesional -INACAP-, filial de la CORFO, conformada también por el Servicio de Cooperación Técnica. En 1970, se creó la Corporación Nacional Forestal, con el nombre de Corporación de Reforestación, bajo el amparo del Título XXXIII, Libro I del Código Civil. Además, dentro del proceso de descentralización, se permitió la creación por parte de las municipalidades, de corporaciones y fundaciones de derecho privado, para colaborar en la gestión de sus funciones, mediante la dictación del D.L. 1289 el 14 de enero de 1976 y del D.L. 3063 el 29 de diciembre de 1979, entre otros órganos que surgieron previo a la dictación de la Constitución de 1980 y a la LOCBGAE publicada el 05 de diciembre de 1986, que conforman un bloque pre-constitucional de Para-Administración.

Estas técnicas prevalecerían incluso después de 1973, año hasta el que la perspectiva orgánica de la Administración estatal, así como la relevancia de

²⁹ PIERRY ARRAU, Pedro. "Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 23. Valparaíso, 2002, p. 404.

la noción de servicio público en la construcción doctrinal nacional se mantuvieron prominentes.

1.4. Periodo pre-constitucional: 1973-1980.

Posteriormente, la doctrina reorientó la estructura organizacional de la Administración, buscando contraer la Administración del Estado, limitando además su participación en el ámbito económico y social. El Régimen Militar procuró que en el nuevo escenario político-social el Estado recobrara su rol de policía, disminuyendo su rol prestacional, que lo había caracterizado durante gran parte del Siglo XX. De este modo, como señala el profesor Pantoja Bauzá, el nuevo escenario político “abandonó la idea de servicio público como concepto matriz de la Administración Pública y eje de clasificación de sus organismos componentes, para adoptar como criterio, en que el Estado asumía un papel subsidiario de la acción particular entendida la subsidiariedad como la actuación estatal en aquellos ámbitos que no interesaran a los privados o en los sectores estratégicos que definiera el gobierno”³⁰.

En Chile se impuso una reorganización económica de corte neoliberal, guiada por la Escuela de Chicago, con amplia apertura de mercado, asumiendo el Estado, en lo social, un enfoque subsidiario, y en lo económico, una

³⁰ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Ob. cit. p.156.

participación como regulador del mercado. El Régimen Militar, utilizó con intensidad el derecho privado e impulsó un cambio paradigmático en el enfoque de la Administración del Estado³¹, que incluyó una reducción en la planta de funcionarios públicos, privatizaciones de los activos estatales, y descentralización funcional de la administración. En consecuencia, en datos proporcionados por Mario Waissbluth, entre los “años 1973 y 1980, el régimen militar redujo las empresas públicas de 400 a 45. Asimismo, la plantilla de empleados se redujo un 30% de manera brusca y radical, pasando de 241.000 en 1976 a 131.000 1984”.³²

Según la doctrina imperante en esa época, la Administración Estatal se debía estructurar de acuerdo a los tipos establecidos en el Código Civil, predominando la tesis de la personificación propugnada por el profesor Eduardo Soto Kloss, quien ha sostenido que en nuestro país la función administrativa se desarrolla mediante “personas jurídicas administrativas”. Los OAE se equiparaban a la clasificación entre corporaciones y fundaciones contemplada

³¹ Cea Egaña señala que el régimen militar “redujo drásticamente los cuadros de la Administración Pública, infundiendo a sus funcionarios la calidad de interinos por varios años; cercenó las potestades discrecionales que caracterizaba la burocracia y la dejó, mediante recurso constitucional de protección, sometida a revisión judicial para prevenir el abuso o la desviación del ejercicio legítimo; eliminó numerosos servicios públicos [...] dejando situada la materia en el área privada”. CEA EGAÑA, José Luis. Utilización por la Administración Pública del Derecho Privado. Revista de Derecho Público N° 60. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1996. p.77

³² WAISSBLUTH, Mario. La Reforma del Estado en Chile 1990-2005. De la Confrontación al Consenso. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, pág. 45 [recurso en línea http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/files_mf/1269752216de_la_confrontacion_al_consenso4.pdf]

en el Código Civil³³, pero con personalidad jurídica de derecho público, debiendo sujetar su creación y formación a la Constitución y la ley.

Además, previo a la dictación de la Constitución de 1980, se dictaron los D.L. 573 y 575 en 1974 sobre regionalización, se dictó el D.L. 1.263 sobre Administración Financiera³⁴, y se promovió la descentralización mediante la dictación del D.L. 1.289 del 14 de enero de 1976 Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, y del D.L. 3.063 el 29 de diciembre de 1979 o Ley de Rentas Municipales. Esta regulación traspasó la gestión de servicios en el ámbito de salud, educación y desarrollo social a las municipalidades, denominándose “municipalización de servicios” y a estos “servicios traspasados”, la que según Soto Kloss, “se inserta no sólo en la perspectiva de un pretendido rol subsidiario del Estado [...] sino también en una perspectiva de flexibilización o bien de dinamización del principio organizativo de la centralización, es decir, un medio o una forma de atenuar o temperar el

³³ Señala Eduardo Soto Kloss que el “ Estado de Chile actúa a través de personas jurídicas en lo que se refiere a la actividad administrativa estatal; siguiendo la terminología que usa el constituyente, ellas serían:

1.- El Fisco

2.- Las Municipalidades

3.- Una serie de personas jurídicas administrativas con características bien definidas y que pueden incluirse en tres diversos a tipos, a saber: 3.1. Instituciones semifiscales; 3.2 Empresas Estatales; 3.3 Organismos o entidades dotadas de autonomía especial. SOTO KLOSS, Eduardo. La organización Administrativa del Estado: un complejo de personas jurídicas, Gaceta Jurídica N°73, pág. 17.

³⁴ Dicho Decreto Ley establece en su artículo 2° el ámbito de aplicación del sistema de Administración Financiera del Estado, el cual comprende y configura los servicios e instituciones del “Sector Público”.

centralismo o excesivo rigor del aspecto jerárquico en la gestión de los servicios públicos y en la adopción misma de las decisiones”.³⁵

Hasta antes de la dictación de la Constitución de 1980, desde el punto de vista estructural, no existía diferencia con la organización administrativa anterior, se distinguía una administración central, la administración descentralizada en sus diversas figuras, y una Para- Administración o Administración Paralela que abarcaba todos los demás organismos no comprendidos en la división anterior.

1.5. La Constitución de 1980 y la organización actual de la Administración del Estado.

Al dictarse la CPR en 1980 se establecen las bases en las que se desenvolverá la Administración del Estado. El texto constitucional se enmarca en la consagración del Estado liberal: en materia organizacional, el nuevo cuerpo político reconoce en su art. 1º, a los grupos intermedios y el derecho de asociación; tratándose de órganos públicos, la Constitución distingue entre los titulares de los órganos y los órganos propiamente tal³⁶, se estipula el principio

³⁵ SOTO KLOSS, Eduardo. Las Corporaciones Privadas de Desarrollo Social y su régimen de Fiscalización”. Revista de Derecho Público N°31-32, 1982, p.134.

³⁶ Artículo 1º: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

de subsidiariedad³⁷, el control sobre la Administración³⁸, y el control preventivo mediante la CGR. Además, importante es señalar que al Estado se le asigna una función determinada, manifestada en el inciso tercero del art. 1º de la CPR:

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

Para que el Estado pueda llevar a cabo esta finalidad genérica de “bien común”, la CPR moldea y crea órganos apropiados para esta misión. De esta manera, en el art. 24 al Presidente de la República se le encarga una doble

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

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender

al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

³⁷ Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

³⁸Artículo 38: Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

función, que viene dada desde la Constitución de 1833, a saber, se le encomienda la función de “gobierno y administración”. En esta función administrativa colaboran con el Presidente de la República los OAE, cuya actuación se rige por principios estipulados en la misma CPR.

Estos principios rectores de la actuación administrativa son los fundamentos o bases orgánicas de la Administración, mediante los cuales es posible que la organización se exprese en actuaciones conducentes a la prestación de servicios y a la satisfacción de necesidades públicas, concretando, de esta forma, los fines para los cuales fueron creados estos órganos. De esta forma los órganos deben actuar sujetándose a los principios de legalidad, servicialidad³⁹, responsabilidad y control⁴⁰. Nos detendremos en el

³⁹ Respecto del principio de servicialidad, cabe decir, que este principio informa el fin de los OAE de satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua. En efecto, en nuestro sistema constitucional el Estado está al servicio de la persona humana, lo cual se encuentra manifestado en el art. 1° inc. 4° de la propia CPR y en la LOCGBAE en su art. 3°. Por ende los OAE, deben encaminar su actuación y el ejercicio de sus potestades a un fin determinado: el bien común. A su vez, el bien común, se constituye como un deber jurídico del Estado y de la Administración, los cuales sólo hallan su razón de ser en su materialización. De esta forma, este principio hace que el Estado “se consagre a la realización de tareas públicas, y que en consecuencia, la Administración en ejercicio de sus potestades públicas cumpla con el deber de satisfacer las necesidades públicas pero con sujeción a la probidad administrativa, de un modo eficaz y eficiente, de manera idónea, coordinada y proporcionada razonable, y no arbitraria, de forma transparente y con publicidad.”CAMACHO CÉPEDA, Gladys. Las modalidades de la Actividad Administrativa y los principios que rigen la actuación. En PANTOJA BAUZA, Rolando. coord. Derecho Administrativo, 120 años de cátedra. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 262

⁴⁰ El principio de control, a su vez, tiene como objetivo que los órganos adecuen su tarea a la ley y a los objetivos que impone la propia administración. Los OAE están sujetos a controles externos, ejercidos por los tribunales, la Contraloría y la Cámara de Diputados. Por último, el principio de responsabilidad, también se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento. Esta responsabilidad surge cuando un órgano de la administración del Estado (OAE) en el ejercicio o con ocasión de sus funciones por acción u omisión produce un daño en una persona que no está obligada a soportarlo, y se manifiesta en el Art. 38 especialmente en su inciso 2º, que configura concretamente la responsabilidad del Estado Administrador Art. 38 inciso 2º “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de

primer principio mencionado, toda vez que estos órganos, como creaciones del derecho, fundan en ello su existencia y actúan sólo cuanto el derecho lo determina, manifestación del principio de legalidad⁴¹.

Por ende, los OAE deben someter su acción a la Constitución y las leyes, ya que sólo de esta forma, la actuación de los órganos será legítima. La CPR establece las normas fundamentales por las que se rigen la organización y actividad del Estado con los particulares, consagradas en las garantías individuales constitucionales por medio de las cuales prescribe límites a las actividades de la Administración Pública, que está obligada a respetarlos. La Constitución no sólo crea los diversos OAE llamados a ejercer la función y razón fundamental a las distintas instituciones y los actos que norma el derecho administrativo, sino que da las bases principales de lo que podríamos denominar el derecho administrativo propiamente interno, o sea, el que se refiere al funcionario y a la función pública. Asimismo, establece el principio fundamental que rige la competencia o esfera de atribuciones de cada autoridad y precisa las facultades especiales de los principales órganos administrativos. Este principio de legalidad está presente en forma permanente en el actuar administrativo, ya que se trata del ejercicio de potestades que la ley ha conferido a los OAE para que cumplan con los fines previstos. En efecto, como

sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

⁴¹DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p. 68.

señala Daniel Argandoña “antes de la acción, ya en su ser mismo y en su existir, los órganos administrativos se deben a la ley que los crea, por lo que el principio es, pues, la fuente de donde arranca toda organización administrativa”.⁴²

2. Órganos de la Administración del Estado

2.1. Concepto, características y regulación.

Los OAE, como se señaló, son las entidades que colaboran con el Presidente en el cumplimiento de la función administrativa. Para Agustín Gordillo, las “entidades estatales manifiestan su actividad y voluntad a través de sus órganos; el concepto órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad de que se trate⁴³”.

Tradicionalmente se ha estimado que tienen como característica común ser creados por ley o por la misma Constitución, gozar de personalidad jurídica de derecho público (personalidad jurídica que puede ser del Fisco, o bien, una diferenciada de éste) y estar vinculados con el poder central (sea a través del

⁴² *Ibíd.* p. 69.

⁴³ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General. 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009. p. XII-1. [Disponible en línea en www.gordillo.com]

vínculo jerárquico o de tutela, según sean centralizados o descentralizados) o bien pueden gozar de autonomía.

Por lo demás, según el art. 3° de la Constitución, los OAE se pueden organizar bajo fórmulas descentralizadas (funcional y territorialmente) o desconcentrados en su caso⁴⁴. Sin olvidar, a pesar que la CPR no haga mención en este artículo de ellos, a una serie de órganos a los cuales se les atribuye autonomía a nivel constitucional como el Consejo Nacional de Televisión, la CGR, el Banco Central y las municipalidades, y otros órganos autónomos a nivel legal como por ejemplo, el Consejo para la Transparencia, y el Servicio Electoral.

La regulación de dichos órganos se perfeccionó mediante la dictación de tres leyes orgánicas constitucionales, entre otras, a saber:

- i) La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 (LOCBGAE), que regula la Administración Nacional;
- ii) La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional N° 19.175 (LOCGAR), que norma la Administración Regional, y
- iii) La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 (LOCM).

⁴⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2011. p. 330.

De esta manera, la organización básica de los órganos administrativos nacionales se consulta en la LOCBGAE, la organización y funcionamiento de los órganos de gobierno y administración regional en la LOCGAR, y la organización y funcionamiento de los órganos de administración local en la LOCM.

Dentro de estas leyes, la LOCBGAE se dictó para dar cumplimiento al inc. 1° del art. 38 de la CPR, que instaló el deber al legislador de determinar la organización básica de la Administración del Estado y regular la carrera funcionaria. Por lo demás, la doctrina estima que esta normativa vino a consagrar la conceptualización de la administración como función pública radicada en el Presidente de la República, idea que enfatizaba la perspectiva orgánica de la Administración del Estado y su modelo vertical dominado por la jerarquía presidencial⁴⁵. De esta manera, el art. 1° de la ley reitera el rol del Presidente y la distinción de funciones señalada en el art. 24 de la CPR, en los siguientes términos:

Artículo 1°.- El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

⁴⁵PANTOJA BAUZA, Rolando. Tratado de Derecho Administrativo V. 1. Editorial AbeledoPerrot. Santiago, 2010. p. 274 y ss. Así también lo entiende, Daniel Argandoña “en Chile la Administración pública se radica, orgánica fundamentalmente, en el Poder Ejecutivo. El Presidente de la República es quien, por medio de la organización estructurada para estos efectos, administra el Estado, con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Daniel, Argandoña. Ob. cit. p. 27.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

Este artículo establece una enumeración de los órganos que integran la Administración del Estado. En ella se incluyen aquellos órganos regidos por leyes orgánicas constitucionales, órganos de carácter administrativo, así como también aquellos que desarrollan actividades económicas tales como las empresas públicas.

No obstante, se ha establecido que esta enumeración no es taxativa, pues comprende a “los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, siendo este enunciado comprensivo de otras entidades, como las corporaciones y fundaciones creadas por iniciativa pública, cuya pertenencia a la Administración del Estado se debe a una interpretación más amplia.

La LOCBGAE es importante, a su vez, porque crea otra distinción entre los OAE, para ello se debe concordar el art. 1° de la LOCBGAE con el inc. 2° del art. 21 del mismo cuerpo legal, el cual dispone:

“Artículo 21.- La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.

Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.”

Este precepto, corolario del art. 1°, diferencia dos tipos de organismos, por una parte:

- i) Aquellos que se rigen por la CPR y sus propias leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, y

- ii) Aquellos que se rigen por las normas del Título II de la LOCBGAE, en lo que dice relación con la organización básica de la Administración.

En consecuencia, de conformidad a lo señalado en estos preceptos, las normas sobre organización y carrera funcionaria contenidas en la LOCBGAE sólo se aplicarían a los órganos administrativos de fuente legal.

2.2. Órganos que integran la Administración del Estado.

Como se señaló los OAE tienen en común que colaboran con la función de gobierno y administración. De este modo, los ministerios corresponden a la organización central de la administración pública y contemplan un órgano de dirección a cargo de un ministro de Estado y cuya función se limita a un campo especial. Se desconcentran territorialmente mediante secretarías regionales ministeriales, a cargo de un funcionario, quien es representante del ministerio en la respectiva región.

Por otra parte, los Servicios Públicos⁴⁶ se relacionan, si son descentralizados, o dependen, si son centralizados, del Ministerio respectivo.

⁴⁶ En la LOCBAE (Nº 18.575) se encuentra una definición legal de Servicio Público, donde se consideran como tales a los órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, a través de los respectivos Ministros, cuyas políticas, planes y

Se relacionan con el Presidente de la República por intermedio de los ministerios, relación que será de jerarquía, en el caso de que sean centralizados desconcentrados, y de tutela o supervigilancia, en el caso de los descentralizados.

A nivel regional, el Gobierno Regional es un órgano desconcentrado territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Reside en ellos la función de administración superior de las regiones, teniendo por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región. Conformado por el Intendente, órgano de gobierno, y el Consejo Regional.

La estructura provincial la encabeza la Gobernación Provincial, órgano desconcentrado territorialmente de la intendencia. Se encuentra a cargo de un gobernador provincial, autoridad de exclusiva confianza del Presidente de la República. Ejerce la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia según las instrucciones del intendente.

programas les corresponderá aplicar. De este modo, las principales características de los servicios públicos que se advierten, son las siguientes:

- a) Interés Público: el servicio público está determinado siempre por este interés, que tiene un carácter general o colectivo; se trata de satisfacer una necesidad de la comunidad en que el servicio se instala.
- b) Continuidad o regularidad: su funcionamiento no puede paralizarse, porque perjudicaría un interés colectivo; así, se prohíbe la huelga o la sindicalización, por ejemplo.
- c) Igualdad: los servicios o prestaciones deben ser iguales para todos los habitantes que utilicen sus servicios; no puede haber privilegios.
- d) Generalidad: las prestaciones deben otorgarse a todos, sin que se pueda aceptarlas para unos y negarlas para otros.
- e) Permanencia: en la medida que subsistan las necesidades colectivas que originaron dichos servicios.
- f) Obligatoriedad: el Estado tiene la obligación de prestar dichos servicios a todos los habitantes de la república y ellos el derecho a exigir dicha prestación. CARMONA SANTANDER, Carlos. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.

A nivel local, las municipalidades, órganos de derecho público dotadas de autonomía, se despliegan como entidades descentralizados territorialmente con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Como parte de la Administración del Estado, se encuentran también los Órganos Autónomos, frente a los que el Presidente de la República no ejerce poderes jerárquicos, pues se auto-determinan funcional y administrativamente.

Además, también como órganos integrantes de la Administración del Estado están las empresas del Estado, las cuales han sido creadas por ley, y su constitución está regulada en el art. 19 N° 21 de la CPR.

No obstante, como se mencionó previamente, esta enumeración no es taxativa, pues comprende a “los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, distinción fundamental para la aplicación del derecho público a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

2.2.1. Órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la “función administrativa”.

Al revisar los criterios bajo los cuales se ha interpretado de forma amplia la noción de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, cabe mencionar que, reseñada la formación de la organización administrativa, nada obsta a que pueda ser analizada su pertenencia a la estructura administrativa desde esta perspectiva material, o sea, por la función o actividad que ejercen. Este ha sido el criterio que ha utilizado la doctrina y jurisprudencia administrativa, emitida por Contraloría y por el Consejo para la Transparencia principalmente, para indicar que existen otras entidades que si bien no aparecen expresamente integradas a la organización administrativa, se les puede entender incluidas y por ende se les aplica todo lo relativo a los controles jurídicos y presupuestarios y, en general, a toda forma control al que deban ser sometidos por el derecho público. Dentro de estas entidades se encuentran las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como órganos que ejercen funciones administrativas.

Ahora bien, tal como se estableció, la LOCBGAE en el inc. 2° de su art. 1° ilustra una enumeración de los órganos que integran la Administración del Estado, cuya enunciación no es taxativa. Lo atinente a este trabajo son los argumentos que esgrime la doctrina para sostener aquello:

1. Se señala que dicho inciso tiene una fórmula general, cuya intención es albergar un concepto material y no formal u orgánico de la Administración del Estado que comprende a distintos órganos a saber, este inciso 2° utiliza la expresión “los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. La expresión “órganos”, por lo demás, distinta a la de “servicios”, comprende todos aquellos que no fueron explícitamente nombrados en dicho inciso, pero que cumplen una función administrativa.

2. Tal interpretación fue latamente debatida en la discusión del proyecto de la Ley N° 18.575. En ella se consideró en su Informe Preliminar la importancia de que la expresión Administración del Estado fuera definida⁴⁷. En la sentencia Rol N° 39 de 1986 emitida por el Tribunal Constitucional se dejó constancia que los conceptos de Administración del Estado y Administración Pública, se empleaban como sinónimos, y

⁴⁷ En el Informe Preliminar remitido a la Junta de Gobierno por la IV Comisión Legislativa N° 448, con fecha del 04 de noviembre de 1985, en el cual se señala en su apartado N° 6°:

“Por otra parte, del examen de diversos preceptos de la Constitución Política de 1980, es posible inferir que el Constituyente no tuvo un concepto unívoco sobre lo que debe entenderse por Administración Pública y Administración del Estado, por lo que debe concluirse que el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental contiene un mandato en orden a que mediante una ley orgánica constitucional se fije el alcance de la expresión “Administración Pública”, para el sólo efecto de lo previsto en dicho precepto constitucional. En efecto, si la ley orgánica constitucional debe determinar la organización básica de la Administración Pública, y este concepto no está debidamente definido en la misma Constitución, ello implica que es el legislador orgánico constitucional el llamado a fijar el alcance del referido concepto, teniendo presente la necesidad de interpretar de un modo armónico las distintas normas constitucionales aplicables a la situación jurídica en análisis”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado.

eran de carácter amplio y genérico. Esto permite afirmar según el Tribunal Constitucional que “no resulta justificado pensar que el Constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso (considerando 5°)”.

3. Por lo demás el art. 21° de la LOCGBAE es un reflejo de que dicha enumeración es meramente enunciativa, toda vez que este precepto sólo comprende la expresión “servicios” a diferencia del inciso 2° del artículo 1° que comprende ambos conceptos, de lo cual se infiere que no son sinónimos.

En consecuencia, de esta idea se desprende que no existen “órganos que cumplen función administrativa” exentos de la aplicación de ciertos principios y normas comunes de la Administración, entre los cuales se encuentran las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

2.2.2. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

La conclusión a la que llega la enunciación de este título se sustenta en virtud de lo entendido por la misma Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, la que establece su ámbito de aplicación en el art. 2° de la misma, el cual dispone:

“Artículo 2°.- Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.”

De esa forma, en el primer inciso de dicho artículo se menciona expresamente a aquellos organismos que se encuentran obligados a dar cumplimiento a todas las disposiciones de la Ley, entre los que aparecen, nuevamente, *los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*. Dicho inciso, y, en consecuencia, los órganos enunciados en él, fueron objeto de debate durante la tramitación de la ley. Se

discutió ampliamente el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia. Así, en el Oficio de la Cámara Revisora, el artículo 2° disponía un ámbito más restringido que aquel aprobado, a saber, señalaba:

Artículo 2°: Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades.

Importante, también, es la intervención de los representantes de la Fundación Pro Acceso, registrado en el Informe de la Comisión de Gobierno, quienes estimaron como una grave carencia en cuanto al ámbito de aplicación de la ley, el hecho de que en el proyecto emanado de la Cámara no se incluyeron a todos los órganos del Estado o se los incluye en forma parcial. Sugirieron, en este sentido, incorporar en la aplicación de la ley a otros órganos que ejercen funciones públicas. En ese momento, dieron como ejemplo el borrador del Tratado del Consejo de Europa, el cual señalaría que también estarán obligadas a entregar información las personas naturales o legales que desempeñen funciones públicas o ejerzan autoridad administrativa. Adicionalmente, mencionaron la obligación que existiría en varios países de

informar de los entes privados financiados substantivamente con fondos públicos. De esta forma, dicho inciso continuó debatiéndose en la Comisión Mixta. Durante el análisis de este precepto, el Ejecutivo formuló dos proposiciones que conforme fue avanzando el debate y allegándose nuevas alternativas, fueron sustituidas por una tercera, que propone otra conformación para este artículo e incluye nuevas instituciones sujetas a esta ley, tal como se conoce el artículo hoy en día. Esta discusión quedó registrada en su historia ⁴⁸ y tal como lo ha señalado el CPLT ⁴⁹ “es una frase extensa y abierta a interpretación”⁵⁰, que ha resuelto que entre los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa están incluidas ciertas entidades de derecho privado, como las corporaciones y las fundaciones. A mayor abundamiento, el Consejo emitió la Instrucción General N° 4 sobre Transparencia Activa, el de 19 de enero de 2010, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 33 d) de la Ley de Transparencia, mediante la que explicita los OAE a los cuales se les aplica la ley:

“Estarán obligados a mantener la información señalada en el numeral 1 a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado N° 20.285 p. 350 y ss.

⁴⁹ En diversas sentencias Rol N° A 242-09, Rol N° A 211-09, Rol N° A 327-29, Rol N° R 23-09, Rol N° 378-09.

⁵⁰STEINMEYER, Alfredo. “Recuento de jurisprudencia del CPLT”. (Disponible en <http://www.consejotransparencia.cl/recuento-de-jurisprudencia-del-cplt/consejo/2011-04-11/104045.html>).

órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluyéndose:

i) Las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que más del cincuenta por ciento de su órgano directivo sea designado por autoridades o funcionarios públicos o esté integrado por éstos. En esta última situación se entenderán comprendidas, entre otras, las Corporaciones Municipales de Salud y Educación”.

En consecuencia, además de homogeneizar la interpretación dada al art. 1º de la LOCBGAE con el art. 2º de la Ley de Transparencia, la instrucción establece un criterio diferenciador orientado a la finalidad del interés público que deben ejercer estas entidades en el cumplimiento de la función administrativa, y a la posición dominante que el Estado tiene en estos órganos.

3. Comentarios.

Reseñado el surgimiento de entes privados de iniciativa pública en la organización administrativa, se describió el panorama de su estructura, principalmente, desde el criterio de la organización, toda vez que, antes de abordar el tema principal de este trabajo, era relevante determinar si dichas

entidades pertenecían o no a la Administración Pública. Por ende, observar la evolución de la legislación y su desatención ante la expansión del uso de estas técnicas privadas por parte de la Administración nos ayuda a inferir que si bien dichos entes nunca han sido explícitamente incluidos en su estructura, siempre han surgido al alero de una entidad pública, es decir, han sido creados por iniciativa pública, para el cumplimiento de una función administrativa. Se colige, en efecto, que revisados a la luz del criterio de organización, las corporaciones y fundaciones privadas creadas por iniciativa pública, integran o son parte de una Para- Administración dentro de la compleja estructura de la Administración del Estado actual. Por otra parte, al comprenderlas como parte de los órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, desde esta perspectiva material, la doctrina y la jurisprudencia han configurado una categoría cuya integración en la organización administrativa y fiscalización es más visible.

García de Enterría y Fernández, estiman que frente a la actitud reaccionaria de algunos autores de elevar a criterio fundamental el de organización:

“Hay que sostener, sin embargo, que el Derecho de la organización tiene un lugar dentro del Derecho de Administración, e incluso un lugar preeminente, ya que se refiere a su parte más estable, mientras que la actividad administrativa propiamente dicha varía mucho con el tiempo y

circunstancias [...]. Así ocurre, por ejemplo, con las empresas públicas (una empresa de transporte o una empresa de telecomunicaciones por ejemplo). [...] Si se toma en consideración el aspecto organizativo, (por ejemplo el hecho de su adscripción a una entidad pública), entonces es ya posible considerar parte de la Administración Pública y aplicarle, en lo que proceda, el Derecho Administrativo”.⁵¹

Huelga decir que, a pesar de percibirse la intención del legislador de sistematizar la estructura organizacional de la Administración, tal misión se ha visto socavada, desde sus inicios, por la realidad preconstitucional configurada por esta extendida Administración Invisible o Para- Administración. Así, se obvia la existencia de gran cantidad de órganos e instituciones que cumplen una función administrativa, pero que no son reconocidos explícitamente por la legislación, quedando su regulación bajo el alero del derecho privado y sólo eventualmente supeditada el control del derecho administrativo. En palabras de Bermúdez, “la Administración del Estado chileno responde a unos principios de organización administrativa que sólo permiten clasificarla de un modo complejo.”⁵²

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. Ob. cit. p. 50-51.

⁵² BERMÚDEZ. SOTO, Jorge. Ob. cit. p.18.

En la década de los 90's con la llegada de la democracia, las reformas estuvieron enfocadas a proseguir con la descentralización en materia de organización de Administración del Estado.⁵³

Se continuó y profundizó la economía de mercado, la privatización parcial de sectores que impartían servicios esenciales, se propició la autorregulación de ciertos ámbitos económicos, y se prosiguió con la delegación de competencia a las municipalidades⁵⁴ y la creación de corporaciones y fundaciones de derecho privado que ejercen actividades de interés general.

Desde entonces hasta la actualidad, se han creado distintos servicios e instituciones públicas y normativas tendientes a modernizar la Administración del Estado y, las que, de alguna u otra forma, han colaborado en la captura de las entidades en estudio: la Ley N° 19.653 de Probidad Administrativa, Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, Ley N° 19.886 de Contratación Pública, Ley N° 19.882 de Alta Dirección Pública, Ley N° 19.862 sobre Registros de Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos, Ley N°

⁵³ En 1991, mediante la entrada en vigencia de la ley de reforma constitucional N° 19.097 se reestructuró el Capítulo XIII de la Carta Política sobre "Gobierno y Administración Interior del Estado". En virtud de estas modificaciones, se transformó los conceptos de gobierno y administración, ya que, junto con democratizar las instituciones territoriales, esta reforma constitucional incorporó al organigrama el Gobierno Regional, persona jurídica de Derecho Público, a la cual confió "la administración superior de cada región", precisando que en tal carácter a ellos correspondería realizar la promoción del "desarrollo social, cultural y económico de la región", como lo dispone actualmente el inciso 2° del artículo 111 de la CPR. PANTOJA, Rolando. Op. cit p. 292.

⁵⁴ A mayor abundancia, la Ley N° 19.130, publicada el 19 de marzo de 1992, y que modificó la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, vigente en aquel entonces, incorporó en su artículo único N° 26, a la referida LOC todo un título VII relativo a las Corporaciones, Fundaciones y Asociaciones Municipales.

20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, Ley N° 20.500 de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, entre otras destinadas a reformar la Administración del Estado. A su vez, numerosa jurisprudencia ha emanado de órganos fiscalizadores, principalmente, del Tribunal Constitucional, de la Contraloría General de la República y del Consejo para la Transparencia, creado este último en el año 2009. Estas instituciones fiscalizadoras han reaccionado ante la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, manifestando su postura frente a la existencia de órganos preconstitucionales y la creación de nuevas entidades con éstas características, así como también, han formulado criterios e interpretación normativa para restringir este fenómeno cuando se vulneran garantías o derechos de los ciudadanos.⁵⁵

⁵⁵ Ver Jurisprudencia de Tribunal Constitucional N° 50-1988, Rol N° 145-1992, Rol N° 222-1995, Rol N° 1024-2008, Rol N° 379-2003; Jurisprudencia pronunciada por Contraloría General de la República Rol N° 12.363-1992, Rol N° 20.978-1992, Rol N° 28.882-1986, Rol N° 17.153-1990, Rol N° 37.355-2013, Rol N° 5.244-2010, Rol N° 1264-2008, Rol N° 6.685-2001, Rol N° 1.362-2000, Rol N° 34.048-2001, Rol N° 44.218-2011, Rol N° 2.891-2013, Rol N° 30.020-1990, Rol N° 74.876-2012, Rol N° 40.133-2011, Rol N° 43.807-2000, Rol N° 48.592-2001, Rol N° 49.263-2005, Rol N° 29.655-2009; Decisiones emanadas del Consejo para la Transparencia Rol N° A 242-2009, Rol N° A 211-2009, Rol N° A 327-2009, Rol N° R 23-2009, Rol N° 378-2009, Rol N° C 254-2010, Rol N° C95-2010, Rol N° C 667-2010, Rol N° C814-2010, Rol N° C740-2010, Rol N° C 480-2011 Rol N° C 115-2011, Rol N° C 469-2011, Rol N° C 903 -2011, Rol N° C913-2011, Rol N° C 830-2011, Rol N° C1529-2011, Rol N° C 75-2012, Rol N° C305-2012, Rol N° C 276-2012, Rol N° C166- 2012, Rol N° C 608-2012, Rol N° C470-2013, Rol N° C552-2013.

II. CAPÍTULO: EL FENÓMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El fenómeno de «huida del derecho administrativo» contempla el proceso por el cual la Administración, invocando razones de eficacia, huye de las reglas del derecho administrativo, con el objeto de utilizar así, en pos de la eficiencia y de la flexibilidad, las reglas del derecho privado. Esta expresión se remite a la consecuente creación de distintas fórmulas organizativas que, pese a perseguir fines de interés general, se constituyen como entes privados o que, aun ostentando la condición de órgano público, se rigen en mayor o menor medida por el derecho privado.

La manifestación del fenómeno descrito, será el objeto de estudio del presente capítulo, tanto en el derecho comparado- principalmente en el derecho español- como, de existir, se evaluará su tratamiento en el derecho nacional. En efecto, se abordará la respuesta que ha dado la doctrina y jurisprudencia a los conflictos que suscita la creciente distorsión de la organización administrativa, originada por la creación de entidades privadas que cumplen funciones públicas- administrativas, tal cual ocurre con los órganos objeto del presente estudio.

Asimismo, se revisará la plausibilidad de la crítica de la ineficiencia e ineficacia de las estructuras organizativas en el derecho administrativo, como

causa directa y efectiva de dicho fenómeno, y la consecuente utilización de formas privadas para la realización de la función administrativa.

1. Conceptualización del fenómeno de «huida del derecho administrativo».

1.1. Aproximación general y sus manifestaciones.

El fenómeno de la «huida del derecho administrativo», expresión acuñada por el administrativista alemán Fritz Fleiner, en el periodo de la posguerra⁵⁶, o como también se conoce a la “privatización del derecho administrativo”, se encuadra originalmente dentro de los procesos de privatización de la Administración Pública.⁵⁷

Una aproximación a la noción general de “privatización”, mediando la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos

⁵⁶Dicha terminología surgió en respuesta a las preocupaciones existentes entre los administrativistas en Alemania por la amplia utilización del derecho privado, dada la ausencia de categorías jurídicas como el contrato administrativo o el dominio público en su derecho administrativo. Fue recogida, a mitad del siglo pasado por el profesor andaluz Manuel Clavero Arévalo. Ver en CLAVERO ARÉVALO, Manuel. “Personalidad Jurídica. Derecho general y Derecho singular en las Administraciones Autónomas”. Revista de Documentación Administrativa 1958-2005. N° 58 [disponible en línea <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=114>, consultado el 06/08/2013], y en “Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo”. Revista de Administración Pública N° 140, Mayo- Agosto 1996, p.25.

⁵⁷Ver BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. “Privatizaciones y misiones de servicio público” en “[El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo](#)” coord. por [Francisco Sosa Wagner](#), 2000, págs. 1881-1894; MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, Sebastián en “Reflexiones sobre las privatizaciones”. [Revista de Administración Pública, N° 144, 1997](#), págs. 7-44 y “Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo” de la misma Revista; GARRIDO FALLA, Fernando. Privatización y Reprivatización. [Revista de Administración Pública](#) N° 126 Septiembre-Diciembre 1991.

indica que “es acción o efecto de privatizar”, y “privatizar”, en consecuencia, es “transferir una empresa o una actividad pública al sector privado”⁵⁸. No obstante, la doctrina se encuentra conteste en que esta idea es más bien restringida, y en que se debe agregar otro sentido a este término, que incluiría la utilización, en el actuar de la Administración, de fórmulas organizativas y de procedimientos jurídico-privados, para el ejercicio de funciones y de cometidos de carácter público en su sentido más propio⁵⁹.

De tal manera, que la huida del derecho administrativo se enmarca como una de las modalidades de la privatización⁶⁰ de la Administración, cuya causa, se esgrime, sería, principalmente, el exceso de reglas de los procedimientos propios del derecho administrativo, los que suelen atentar contra la eficiencia de las instituciones. Esta huida de la administración al derecho privado o la

⁵⁸ Disponible en línea en <http://www.rae.es/>.

⁵⁹ MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Reflexiones sobre las Privatizaciones”, *Ibídem* p. 7.

⁶⁰ Entre las modalidades de la privatización según Baena del Alcazar, se distingue:

1) Administración titular y gestor privado: La Administración a través de una reserva por ley, previa de la actividad pública, conserva como titular dicha actividad del sector público, pero transfiere a una entidad privada la gestión del mismo. Es la figura típica de la concesión administrativa en que se entrega de la concesión como una privatización, pues será el empresario privado quien a su riesgo y provecho llevará a cabo la gestión de la actividad rigiéndose por los principios del derecho privado.

2) Poder público titular y la gestión en régimen jurídico privado: Se refiere a aquellos casos en que una actividad que estaba regida por el derecho público, pasa a regirse por el derecho privado. Se mantiene el carácter público del organismo, sólo se regirá por el derecho privado en lo referente a aspectos de gestión y relaciones con particulares.

3) Una última variable es aquella en la que se aprecia un abandono del protagonismo del Estado que da paso a la cesión total de la actividad en cuestión al sector privado y que trae consigo incluso la liquidación y cierre de los organismos encargados de la realización de la actividad que pasó a manos privadas. BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. *Ibídem* p.1888 y ss.

pseudoprivatización, como también la denomina Desdentado Daroca⁶¹, ha conllevado a la adopción de formas del derecho privado para escapar a este exceso de regulación, lo que ofrecería mayores niveles de eficacia y de flexibilidad administrativa.

La utilización por parte de la Administración de formas privadas se remonta a la época en que el Estado comienza a intervenir en la economía a fin de fomentar la actividad industrial. El Estado se expande, asume nuevas funciones y participa en el ámbito económico, comercial y de servicios públicos, mediante la descentralización funcional y la creación de nuevas entidades a las cuales somete al derecho privado en áreas que antes eran esencialmente regidas por derecho público. Es decir, la complejidad de los fines asumidos por la Administración y la demanda de eficacia en su gestión⁶², componen la razón fundamental de esta expansión y, en consecuencia, de la utilización instrumental de entidades privadas para la realización de actividades, que antes no eran asumidas por el Estado, o que, simplemente, son traspasadas en pos de la flexibilidad y eficiencia de su nueva forma organizacional.

⁶¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. "La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes". Editorial Tirant lo Blanch, 1999, Valencia, p. 86.

⁶² En este entendido, una de las razones que asume Clavero para la creación de órganos autónomos con personalidad jurídica en España, es que "el Estado ha ido haciendo suyas infinitas de competencias y fines que, por una parte, congestionan los servicios departamentales tradicionales, y de otra, requieren un ritmo y una celeridad que pugnan con la general lentitud de la actividad administrativa departamental impuesta a veces por la exigencia de un Derecho basado, en muchas de sus facetas, en la garantía del ciudadano y en la desconfianza hacia el administrador". CLAVERO ARÉVALO, Manuel. Ob. cit. p.16.

Las manifestaciones de este fenómeno se han replicado en diferentes áreas de la Administración del Estado, a saber:

a.- Materia Organizacional: El Estado y sus órganos tienen la facultad para crear y utilizar fórmulas organizativas y procedimientos jurídico-privados en el ejercicio de funciones de carácter público. Relevante resulta analizar también, el surgimiento de filiales o coligadas y todas las entidades en que este tipo de órganos privados pueda o tenga participación, representación o intervención, cualquiera sea el fundamento normativo que justifique dicha facultad.

b.- Función Pública: Se produce el fenómeno de la externalización del personal, el cual pasa a regirse por normas de derecho privado, sin remisión al Estatuto Administrativo o funcionarial. En España también se le denomina “laboralización de la función pública”.

c.- Contratación Administrativa: La Administración Pública, mediante la utilización de entes privados o de sociedades mercantiles efectúa procedimientos de contratación, sujetándose a normas de derecho privado.

Es un hecho indiscutible la instrumentalización que hizo, en principio, la Administración de estas entidades privadas en el área industrial. Se desprende

que la evolución del rol del Estado, apremiaba a que su intervención en el ámbito industrial y económico, se llevara a cabo mediante técnicas más flexibles en cuanto a su constitución y sujeción a procedimientos, cuyo límite siempre estaría dado por la ley que las creaba (en el caso de las empresas públicas o estatales). Distinto de la creación de empresas y sociedades estatales, para la colaboración en la actividad industrial, es la aparición de entes privados, como corporaciones y fundaciones de derecho privada creadas por iniciativa pública para el ejercicio de funciones públicas-administrativas propias del servicio público. El surgimiento de estas entidades, bajo formas privadas, pero cuya decisión de creación es esencialmente pública, responde a la impregnación de las críticas de ineficiencia e ineficacia que inundaba el sector público⁶³, y que fue absorbida por la Administración en el ejercicio de funciones de marcado interés público y social. La incertidumbre respecto a su regulación, el silencio legislativo y la desidia en la actualización de las formas de actuación administrativa, muchas veces han conllevado no sólo a una fuga del control ejercido por el derecho administrativo, sino que también a una evidente indefensión de las garantías de los ciudadanos. En este punto, hacemos eco de la visión que Parejo Alfonso tiene de esta creciente tendencia, señalando que:

⁶³ En palabras del catedrático Agustín Gordillo “si la comunidad como un todo no tiene la misma percepción y siente en cambio que el sistema es disvalioso, entonces está dada una de las primeras causas posibles de la aparición de un parasistema, ya que ningún sistema verdaderamente rige si no tiene el sustento participativo y activo de toda la comunidad”. GORDILLO, Agustín A. La Administración paralela. El parasistema jurídico- administrativo. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982. p.84

“No habiéndose visto acompañado el espectacular crecimiento de las actividades y responsabilidades estatales, fundamentalmente a lo largo de este siglo, por una adecuada actualización de las formas de organización de la actuación pública, especialmente la administrativa, se explica el descrédito de lo público y, particularmente, lo público administrativo, percibido no sólo social, sino políticamente, como esencialmente obsoleto, con imputación de ineficiencia e ineficacia. Esta imputación se ha hecho, sin embargo, de forma global e inespecífica, es decir desde el criterio de medida proporcionado por las pautas propias de la economía privada, lo que significa sin determinación del contenido específico de los principios de eficiencia, economía y eficacia. Y por lo mismo se explica el recurso indiscriminado y acrítico a las formas proporcionadas por el mundo jurídico privado, en cuanto expediente inmediato para la adaptación de la gestión pública a las demandas actuales.”⁶⁴

Esta crítica, que realiza el autor, desde la perspectiva de la organización administrativa española, se puede fácilmente extrapolar a nuestra realidad. En

⁶⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. “La organización y el régimen jurídico de la administración en cuanto actuación administrativa. Una reflexión desde el derecho español”. Revista del CLAD. Reforma y Democracia N°4, 1995, Caracas. p.1. [disponible para consulta en línea <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/004-julio-1995/0025700.pdf>]

efecto, para profundizar sobre este punto, se abordará la sintomática crítica de ineficiencia e ineficacia de las organizaciones administrativas como fundamento de estos fenómenos. Posteriormente se reflexionará un poco más sobre cómo se desarrolló la huida del derecho administrativo en el derecho comparado, específicamente en España, país en el que el tema ha ocupado por más de cinco décadas la atención de estudiosos.

2. La crítica de ineficiencia e ineficacia de las estructuras organizativas de la Administración Pública como principal fundamento del fenómeno.

Para la doctrina, en general, la huida del derecho administrativo, tiene como justificación -en palabras de Laguna de la Paz- que “en el discurso político, profesional, e incluso, académico- desde una superficial cultura de la eficacia-, con frecuencia se aduce que el derecho administrativo- lento, rígido y burocrático- para muchas actividades que hoy asume la administración, sencillamente no sirve”.⁶⁵

En principio, no es factible criticar, a la luz de los criterios de eficiencia y eficacia, la actuación de la Administración del Estado mientras no sea claro su concepto, el cual de por sí, no puede ser el mismo utilizado por la ciencia económica, no obstante su evidente relación. En este sentido, cabe señalar que

⁶⁵ LAGUNA DE LA PAZ, José. La renuncia de la Administración Pública al derecho administrativo. Revista de Administración Pública N° 136, Enero- Abril 1995, Madrid, p. 202.

la conexión entre los ámbitos administrativo y económico, se acrecentó durante el apogeo del Estado Social, momento en el que la actividad de las Administraciones Públicas de garantía de las libertades de los ciudadanos cede protagonismo en favor de la prestación de bienes y servicios⁶⁶. Sin embargo, no fue sino hasta la crisis del Estado Benefactor que se produjo una sustitución del mismo por un modelo de Administración Pública en la cual no sólo debía primar la eficacia en el logro de objetivos, sino además la eficiencia en el uso de los recursos y la efectividad económica, tecnológica, política y administrativa⁶⁷. Es decir, se empieza a leer la actividad administrativa a la luz de conceptos provenientes del mundo privado, sin analizar, previamente, si es posible exigir trasladar similares criterios a la Administración Pública.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, eficiencia es la “virtud y la facultad para lograr un efecto determinado” y eficacia es la “virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”⁶⁸. Como explica Camacho Cepeda, en la economía, la eficiencia es el término de mayor relevancia, puesto que ella atiende a la consecución del máximo nivel de satisfacción posible a alcanzar con los recursos disponibles en el sistema económico. Las ciencias de la administración, por su parte, dado que la Administración Pública constituye

⁶⁶ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública N° 186, Septiembre-Diciembre 2011, Madrid, p.95.

⁶⁷ GARDAIS ONDARZA, Gabriela. El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, 2002, Valparaíso, p. 325.

⁶⁸ Consulta en línea disponible en <http://www.rae.es/>.

como toda organización “una unidad social -intencionalmente construida para lograr objetivos específicos con la particularidad que ellos en su caso están dados por el propio ordenamiento jurídico-, se le atribuirá los valores de eficacia y eficiencia organizacionales en la medida en que las metas propuestas se logren con mejores medios, a menor costo y menor esfuerzo”⁶⁹. De tal forma que en el derecho administrativo, el concepto de eficacia corresponde al logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas por la administración, por ende el control de la eficacia corresponde al uso óptimo de los recursos. La eficiencia, por su parte, exige la obtención de los recursos en sus costos alternativos más bajos⁷⁰. Se puede concluir de lo hasta aquí expuesto que la eficiencia, para el derecho público, es un criterio complementario del principio de eficacia, pudiéndose concebir a la eficiencia como un concepto integrador de la eficacia.

En el panorama de la organización administrativa, la utilización de técnicas privadas, primero, en el área empresarial e industrial y, luego, como instrumento en el ejercicio de funciones administrativas de diversa índole, conllevó a una distorsión de los criterios antes descritos. De esta forma, con los cambios políticos y económicos que devinieron en la segunda mitad del Siglo XX, en nuestro país se dio un proceso de disminución progresiva de participación del

⁶⁹ CAMACHO CÉPEDA, Gladys. Las modalidades de la Actividad Administrativa y los principios que rigen la actuación. En Rolando Pantoja coord. Derecho Administrativo, 120 años de cátedra. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 241.

⁷⁰ GARDAIS ONDARZA, Gabriela. Ob. cit. p. 323.

Estado y de privatización de sus funciones sociales y económicas, sin que durante las décadas de los 70's y 80's se promovieran cambios en la gestión de las instituciones públicas. Se acrecentó la descentralización, los ajustes fiscales, la despreocupación por el funcionamiento de la Administración del Estado y el fenómeno de huida del derecho administrativo. El resultado, como se supondrá, fue una generalizada opinión sobre la inoperancia de la actividad administrativa, la función pública y los procedimientos administrativos, siendo la ineficiencia e ineficacia sus descriptores a principios de la década de los 90's. Todo ello en el marco del auge de la ideología liberal, impulsada por la Escuela de Chicago, cuyos inicios estuvieron orientados a destacar el valor de la eficiencia, propiciando las comparaciones entre el mundo público y privado. En consecuencia, durante el régimen militar la Administración Pública se encontraba desfinanciada y desfragmentada a nivel organizacional ante la irrupción de las técnicas privadas, ya no sólo en ámbitos industriales, sino que también utilizadas para cubrir diversas áreas de la función público-administrativa, sin sistematización ni regulación prolija.

No obstante, para emplear una noción correcta de eficacia- como logro de metas definidas por la administración- y así desligar la noción económica de la misma que aquejaba la actuación administrativa, Parejo Alfonso, en un acabado

estudio sobre la eficacia como principio de la Administración pública, señala, como término clave: “la definición del interés general”⁷¹.

Obviamente el problema consiste en la complejidad del proceso de determinación de este concepto y lo que debemos entender por actuación administrativa eficaz. Según dicho autor, “el interés general es todo aquel en que se concreten bienes o valores jurídicamente protegidos por el ordenamiento jurídico”, y por ello, el deber jurídico en que se traduce el principio de eficacia tiene como sujeto, a todas y cada una de las Administraciones Públicas y demanda de ellas una actuación idéntica en uno y otro caso⁷².

Sucede entonces que respecto al sistema de organización administrativa y la huida del derecho administrativo, el mismo autor señala, que es al legislador competente, al que corresponde decidir cuál será la organización más idónea para servir los intereses generales de que se trate. Esta “iniciativa pública” incluye, por supuesto, “no sólo la arquitectura misma de la organización, sino también su naturaleza y posición en el complejo de los poderes públicos y sus relaciones con las restantes organizaciones en que éste se traduce”⁷³. Es decir, en dicha iniciativa deben primar los criterios de coherencia, integración y

⁷¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. Revista de Documentación Administrativa, N° 218-219, 1989, [disponible en línea <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=283>] p. 36.

⁷² *Ibíd.* p. 36 y ss.

⁷³ *Ibíd.* p. 44.

sistematización de la organización administrativa tanto relativo a sus relaciones *ad intra* como *ad extra*, lo que puede ayudar, a su vez, a corregir la fragmentación o disfuncionalidad en la organización del sistema. Esta noción finalista de eficacia y sus manifestaciones en el ordenamiento jurídico comprenden una clara diferenciación de la organización administrativa respecto de las organizaciones privadas, la que obedece “a la condición última de la Administración pública: organización directamente servicial de los intereses generales”⁷⁴. Por lo demás, siguiendo este planteamiento, la eficacia “ya no es (sólo) una cuestión de optimización del empleo de los medios, sino de resultado de la actuación y, consecuentemente, de materialización del fin, del interés general. Se trata, por ende, de una eficacia obviamente desconocida y ajena para la actividad económica privada”⁷⁵. Es decir, desde los fines se decide sobre los medios y no a la inversa. En consecuencia, la utilización de instrumentos, en este caso, de técnicas privadas para el cumplimiento de función administrativa, debe pasar inexorablemente por una decisión fundada que proyecte expresamente los fines para los cuales será constituida.

Por ende, la plausibilidad de las críticas de ineficiencia e ineficacia de la Administración y su rol condicionante en el fenómeno de huida del derecho administrativo, es bastante exigua atendiendo el vacío de su contenido,

⁷⁴Ibídem p. 47.

⁷⁵Ibídem p. 61.

asimilado al concepto económico, y a la nula adecuación al derecho administrativo.

Entonces, se hace necesario, antes de efectuar una trasposición de conceptos del área económica al ámbito público, su correcta interpretación, mediante una comprensión denotativa de los criterios de eficiencia y eficacia, libre de atisbos ideológicos. El problema, no obstante, a pesar de comprender la crítica de la ineficiencia e ineficacia en sus reales contornos, radica, en que la elección de las formas y regímenes jurídico-privados, aun mediando los principios pertinentes, no permite garantizar que la administración sólo vaya a perseguir los intereses generales, si no existen los controles adecuados y una normativa expresa que regule dicha decisión y sus efectos, tal cual ha sucedido en algunos casos de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

3. Reacciones ante la huida del derecho administrativo: derecho comparado y derecho nacional.

3.1. El fenómeno en España.

El derecho administrativo español se ha construido siguiendo la tradición francesa, es decir, procurando mantener un equilibrio entre las prerrogativas y

potestades exorbitantes de la Administración y un régimen de garantías de los derechos de las personas, cuyos conflictos pueden ser dirimidos ante tribunales especializados contencioso-administrativos. Se busca, en el desarrollo de la función administrativa, proteger la “posición jurídica de los ciudadanos y de garantizar el sometimiento de los poderes públicos a los principios que nuestra sociedad considera que han de regir la actividad pública”.⁷⁶

El episodio de huida del derecho administrativo deja entrever sus primeros atisbos con el advenimiento de la llamada Administración Institucional o Instrumental⁷⁷ a través de un régimen de descentralización, el cual se implementó mediante la creación de establecimientos públicos, para hacer frente a las demandas de los regionalismos españoles. Este fenómeno se extendió como herramienta para intervenir en el campo económico, a través de la nacionalización, y la actividad industrial del periodo de entreguerras.⁷⁸

Así, sobre la base de postulados doctrinales, se fue gestando la huida; se crearon diversas personas jurídicas de forma privada a instancia pública a las que se les encomendó el desarrollo de funciones públicas de variada naturaleza, destacando la creación de órganos autónomos, empresas estatales,

⁷⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva. Ob. cit. p. 108.

⁷⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. Ob. cit. p.2.

⁷⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Límites en la aplicación del Derecho Privado en la actividad administrativa, cap. III, en: “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de la tercera centuria”. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 20 y ss.

sociedades anónimas y, en el último tiempo, la utilización de personas jurídicas sin fines de lucro, como las fundaciones, para la gestión de servicios públicos.⁷⁹

Para algunos la remisión al derecho privado de la actividad económica de la Administración, es producto de la inadecuación del derecho administrativo para servir a las nuevas tareas productivas asumidas por el Estado. En este sentido, la aplicación del derecho común otorgaría una mayor flexibilidad a la gestión productiva de la Administración. En consecuencia, según Villar Palasí elección entre uno u otro derecho debe subsumirse al tipo de actividad a realizar por la Administración, siendo la gestión de aquellas más cercanas a la noción clásica del servicio público propias del derecho administrativo.⁸⁰ Para esta línea de pensamiento, que no tiene una visión restrictiva ante el desarrollo del fenómeno, la aplicación del derecho civil, laboral o comercial no supone dejar en total y absoluta libertad a la Administración, puesto que los

⁷⁹ La positivización del fenómeno en el derecho español se produjo con la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, la que dio pie para la adecuación de muchos entes de derecho público sujetos al derecho privado que se comprenden en los ítems de esta ley como órganos autónomos, cuya regulación se somete casi exclusivamente al derecho privado, muchas veces encomendándoles funciones públicas. El conflicto que se vislumbra está enmarcado por la relevancia de las instituciones que se crean, las que muchas veces actúan de agentes reguladores o implementando políticas sectoriales, tal cual sucede con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal o el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

⁸⁰ VILLAR PALASI, José Luis. La actividad industrial del Estado en el derecho Administrativo. Revista de Administración Pública N° 3, 1950, p. 3-50, citado en DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. Revista de Administración Pública N° 133, Enero- Abril 1994, p.60-61.

mecanismos de control son distintos, pero en absoluto inexistentes, por lo que no podría equipararse a una huida del derecho.⁸¹

El problema en España, y que no se ha manifestado masiva ni explícitamente en nuestro país, fue la creación de entes públicos que sujetaban por ley su actividad casi totalmente al derecho privado. Ante esta situación, los autores españoles, preocupados, señalaron que los límites del derecho público y privado se difuminaban, advirtiendo que dicha confusión y falta de respeto a los límites formales tiene el riesgo de convertir en ineficaces instituciones fundamentales para la seguridad jurídica⁸². Sucede, entonces, que existe un riesgo en la vigencia y efectividad de las garantías y los controles externos a los que puedan someterse estos entes, pues actúan sin sujeción a los principios de legalidad y a la tutela que el derecho público ofrece.

Esta situación, para el profesor Sala Arquer representa, expresamente, más allá de una huida del derecho administrativo, una huida del derecho⁸³. Asimismo, las peculiaridades y lo preocupante de este fenómeno, expresa Martín- Retortillo Baquer, están en “la creciente aplicación de esas fórmulas para el ejercicio de funciones públicas en su sentido más propio [...] Actuación administrativa, ejercicio de auténticas funciones públicas bajo formas de

⁸¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho Administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo N° 78, 1993, p. 233-249, citado en DEL SAZ CORDERO, Silvia. Ob. cit. p. 74 y ss.

⁸² DEL SAZ CORDERO, Silvia. Ob. cit. p. 64.

⁸³ SALA ARQUER, José Manuel. “Huida del derecho administrativo y huida del derecho”. Revista Española de Derecho Administrativo N° 75, 1992. p. 399 y ss.

derecho privado”⁸⁴. El autor considera que lo que pretende la utilización instrumental de dichos entes y la aplicación del derecho privado “no es la flexibilización ni la eficiencia, sino escapar a los controles y garantías del derecho administrativo y, en último término, del derecho constitucional”⁸⁵.

Siguiendo con esta línea doctrinal, García de Enterría y Fernández, consideran que “las personificaciones para actuar en régimen de derecho privado pueden justificarse cuando la Administración pretende actuar en el mercado libre y a nivel de los demás empresarios [...] carece, sin embargo, de toda justificación posible en otro caso y ni el legislador, ni menos aún la Administración, pueden dispensar a una organización inequívocamente pública (por su origen, por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz, por su financiación, en cuanto opera con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) de las vinculaciones que la Constitución le impone”⁸⁶. Lo contrario, para estos autores, implicaría un abuso de la personalidad jurídica con la finalidad de escapar de los rigores del derecho público.

En una posición más controversial, Del Saz Cordero, considera que la Constitución española establecería una *reserva de derecho administrativo*, lo

⁸⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Reflexiones sobre las Privatizaciones”. Ob. cit. p.8.

⁸⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo”. Ob. cit. 51 y ss.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 410.

que conduciría a que la Administración esté sometida a principios constitucionales que son connaturales al régimen jurídico-administrativo y que sólo ese régimen y los procedimientos que comporta es capaz de garantizar”.⁸⁷

En este punto, vale señalar que en España existe lo que se denomina un Derecho Fundacional, comprendido en la misma carta política española, manifestación de la que se desprende una vasta regulación a la creación de las personas jurídicas y al derecho de auto-organización de las entidades públicas.

No obstante, para Desdentado Daroca, tal reserva constitucional de derecho administrativo no se aplicaría en dichos términos, puesto que no se podría deducir de la regulación constitucional española tal afirmación. Una situación plausible sería, sin embargo, la existencia de reservas parciales e importantes límites y principios que se pueden desprender de cualquier legislación que regule la actividad administrativa y respete los derechos fundamentales. Señala esta autora, que la aplicación del derecho privado puede resultar contraria a principios constitucionales y a los derechos de los ciudadanos o implicar una infracción de las reservas parciales de derecho administrativo, pero no siempre es así⁸⁸. Es importante, entonces, no caer en la apología de la eficacia de los órganos privados. Lo anterior, pues en palabras de Desdentado Daroca, es “muy probable que la eficacia del sector privado no responda a que se rija por el ordenamiento jurídico privado, sino a otros

⁸⁷ DEL SAZ CORDERO, Silvia en “La huida del Derecho Administrativo...” ob. cit. p. 82 y ss; y en “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva Constitucional” en “Nuevas perspectivas del derecho Administrativo: Tres estudios”. Civitas, Madrid, 1992. p. 170 y ss.

⁸⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva. Ob. cit. p. 116.

factores más importantes como la competencia, el riesgo empresarial y la repercusión de los resultados de la empresa en el patrimonio del empresario, que no existen en el sector público, por lo que cabe que por mucho que sometamos éste al derecho privado no estemos ganando en eficacia. Lo que sí es seguro es que, en algunos casos, estamos perdiendo en garantías. Y esa pérdida de garantías puede, además, ser por sí misma causa de ineficiencias, pues la ausencia de un adecuado control de la actividad administrativa facilita la utilización incorrecta de los fondos públicos, el descontrol de gasto y la corrupción, todo lo cual, desde luego no favorece en modo alguno la eficiencia⁸⁹.

La crítica de ineficiencia e ineficacia de las instituciones administrativas y la desproporcionada comparación con el mundo privado, es un aliciente importante y actual para que este fenómeno no encuentre límites claros. Es más, en la actualidad el fenómeno ha evolucionado abarcando ámbitos antes relegados, a saber, por ejemplo, la extendida utilización de fundaciones como herramientas para ejercer funciones administrativas ligadas con el servicio público o actividades de interés general.

De todas formas, se debe precaver que el derecho español, ha transparentado más que nuestro ordenamiento el uso de fundaciones, dictándose en 1994, la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Esta ley buscó

⁸⁹ *Ibíd.* p. 116-131.

propiciar “la reducción de la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones; la flexibilidad de la actividad fundacional, a través de la simplificación de los trámites administrativos-principalmente; y la promoción del fenómeno fundacional, como cauce a través del cual la sociedad coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general”⁹⁰. Para Vaquer Caballería, en el caso específico de las fundaciones de mano pública creadas en virtud de la Ley 30/1994, “al adoptar una forma jurídico-privada de personificación, constituyen la manifestación más radical de la «huida»”⁹¹.

En consecuencia, en España, este fenómeno ha adquirido otros matices, pues el legislador ha institucionalizado la instrumentalización de formas privadas para el ejercicio de la función administrativa. Al encontrarse ésta situación legitimada por la ley, se dificulta la sistematización de la organización administrativa misma. El problema, además de la apología a la eficacia que despierta el uso de técnicas privadas, es dar por supuesta sin más, la libertad de la Administración Pública para la creación y la elección del régimen jurídico de órganos que cumplen funciones público-administrativas.

⁹⁰ DEL CASTILLO VÁSQUEZ, Isabel. Administración Pública y Fundaciones Privadas. Las complejas relaciones de las Administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional. Revista de Administración Pública N° 167, Madrid, Mayo/ Agosto 2005, p 340.

⁹¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, coord. Calvo Charro, María. Las entidades de derecho privado: Sociedades mercantiles y fundaciones. La Administración Pública Española. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2002, p. 562.

3.2. La huida del derecho administrativo en Chile.

En nuestro país el fenómeno se ha desarrollado someramente a raíz, principalmente, de la creación de empresas públicas y de sociedades estatales, tal como se reseñó en el primer capítulo de este trabajo. Con el proceso de liberalización a fines del Siglo XX, el Estado abandona ciertas tareas y se expande la privatización de empresas estatales. Se radica en el ideario un nuevo concepto de servicio público, dejando de estar totalmente en manos del Estado, otorgándose concesiones en relación a actividades y a bienes; se inician además sendos procesos de autorregulación. Así se hace cada vez más frecuente la utilización de técnicas e instrumentos del derecho privado, especialmente en el ámbito del derecho empresarial.

No obstante, debemos tener en cuenta que, a pesar de que la privatización de técnicas jurídicas se dé respecto a entidades que no pertenecen a la estructura organizativa, como lo son las sociedades estatales, carecería de significación suficiente para negar el carácter público del fin perseguido por el órgano, ya que claramente importa la función que ejercen y el fin perseguido y no sólo los elementos formales⁹². El Estado cuando requiere actuar a través de entidades de derecho privado debe hacerlo respetando el principio de legalidad y la normativa impuesta. Así se ha estipulado para el caso

⁹² LATORRE VIVAR, Patricio. Las Sociedades Estatales en el ordenamiento jurídico chileno. Naturaleza, límites y control de sus actividades. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX, Valparaíso, 2008, p. 229.

de las empresas estatales, y se desprende del artículo 6° de la LOCBGAE que establece:

“Artículo 6°.- El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.”

El conflicto que subyace a esta instrumentalización se debe a que cada vez que la Administración actúa a través de entes privados pierde sus privilegios, y en mayor medida, el particular pierde garantías. De esta forma, surge la pregunta de hasta dónde el Estado puede retroceder sin afectar los derechos de las personas.

Para contener la actividad jurídico -privada se ha creado un sistema de control enfocado en la actividad desarrollada por las empresas públicas y sociedades estatales, esto se realiza, mediante un control contable y financiero por parte de órganos contralores, a modo de ejemplo:

- i. Existe regulación dispuesta en la Ley N° 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República.
- ii. D.L. N° 1.056 de 1975, que determina las normas complementarias relativas a la reducción del gasto público y al mejor ordenamiento y control de personal;
- iii. D.L. N° 1.262 sobre Administración financiera del Estado, el cual define los órganos integrantes del sector público;
- iv. Ley N° 18.196 sobre normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria, que establece entre otras, la obligación de publicar balances generales y Estados financieros anuales;
- v. Ley N° 20.285 o Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que establece una serie de principios a la luz de los cuales debe interpretarse el derecho de acceso a la información pública. Esta es una ley que ha emergido como estandarte del control social⁹³.

No obstante, a pesar de esta regulación normativa, el verdadero vacío se encuentra en aquellas corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, que se han expandido como entidades integrantes de una

⁹³ ROJAS CALDERON, Cristián. "Empresas Públicas y Ley de Transparencia. Un intento por contener la "huida" del Derecho Administrativo". En Letelier W., Raúl, Rajevic M., Enrique y Alesch P., Johann coord. "Transparencia de la Administración Pública", Abeledo- Perrot, Santiago, 2010, p. 397 y ss.

Para-Administración, sin una expresa cobertura legislativa y sin fiscalización, problema que motiva este trabajo y que se desarrollará profundamente en su segunda parte. Y si bien la jurisprudencia se ha encargado de sistematizar criterios de limitación ante este fenómeno- siendo de gran relevancia el trabajo actual del CPLT-, el problema, como se vislumbra, es de carácter positivo y debe ser resuelto cuanto antes por el legislador.

3.3. Respuestas y alternativas de la doctrina.

Ahora bien, ante este escenario, al tratar de los límites de la aplicación o de la utilización por parte de la Administración del derecho privado, se han esgrimido diversas hipótesis y alternativas para esclarecer la línea fronteriza. En este sentido, la cuestión de hasta qué punto la instrumentalización del derecho privado por la Administración del Estado constituye realmente una huida del derecho administrativo, contempla como respuestas, teorías que, a su vez, se encuentran ligadas a la evolución del derecho administrativo⁹⁴.

⁹⁴ En doctrina se buscó establecer qué actos eran íntegramente administrativos, y por tanto de competencia de los tribunales administrativos y qué actos eran “privados” y, por lo tanto de competencia de tribunales ordinarios. A raíz de esta problemática surgieron diversas teorías:

1.- Distinción entre actos de autoridad y de gestión.

a.- Actos de autoridad: La administración actúa con imperio. Son irresistibles para el particular. No son susceptibles de impugnación. Actualmente lo más similar es la expropiación: la decisión misma no es impugnable, no así la legalidad del acto en su procedimiento.

b.- Actos de gestión: La administración actúa como un particular más, sometiéndose al derecho privado. Estos actos son impugnables. Se rigen por el derecho común, por ende se someten a la revisión judicial de los tribunales ordinarios.

Entonces a partir de esta clasificación, el derecho administrativo rige para los actos de autoridad, no así para los de gestión, de los cuales se encarga la justicia ordinaria.

Para García de Enterría y Fernández, el problema se intensifica por el carácter estatutario del derecho administrativo. Este carácter estatutario tiene como lógica consecuencia que éste no cubre la totalidad de las actividades de los sujetos que regula. Dicho problema no sería solamente teórico sino que también dice relación con la dualidad de jurisdicciones, civil ordinaria y contencioso-administrativa aplicables a cada caso, y la respuesta que en cada tiempo se le ha dado al conflicto⁹⁵. El problema consistiría no en determinar los límites positivos de la aplicación del derecho administrativo, sino más bien en determinar los límites negativos, es decir, cuándo se aplica a la Administración el derecho privado. Esa aplicación del derecho privado sería meramente instrumental, y por tanto excepcional.

Sin embargo, aun cuando los órganos de la Administración utilicen el derecho privado, es posible identificar un “núcleo público”, una previa decisión de carácter público que actúa como verdadero límite sustancial (también llamado “teoría de los actos separables”). Esta es la parte del derecho

2.-Teoría del Servicio Público

El derecho administrativo se aplica a los actos de servicio público. Esta teoría explica la función del Estado, sobre el cual influyeron dos factores: Guerra franco-prusiana y el predominio de la escuela alemana que postulaba que el eje del Estado es la soberanía. El Estado no es un apersona que manda. El Estado sirve. Se explica por la cobertura de las necesidades públicas. El Estado es un conjunto de servicios públicos. Todo lo que hace el Estado se puede reconducir al servicio público, tanto la función administrativa, como la legislativa y judicial.

3.-Criterio de las prerrogativas exorbitantes (Hariou)

Su criterio no es del todo original, porque tanto Duguit como Jeze habían postulado el uso de procedimiento de derecho público. El aporte de Hariou es que, este autor, los separa del derecho público y señala: Cada vez que la administración utilice potestades exorbitantes, sea que lo haga en la actividad de servicio público, de fomento o de policía estamos en presencia del derecho administrativo. Ya no sólo se remite a la actividad prestacional. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 54-55.

⁹⁵ Ibídem. p. 53-54.

administrativo que contiene toda la actuación de la Administración, aun cuando instrumentalice al derecho privado⁹⁶.

No obstante, la doctrina también reconoce la fragilidad de esta posición⁹⁷, a saber, T.R. Fernández, señala que es esencial que la instrumentación de las decisiones con arreglo al derecho privado tenga que respetar los derechos fundamentales. Para el autor, no puede la Administración con una forma jurídico-privada enervar la virtualidad y plena eficacia de los derechos fundamentales y, en consecuencia, de los deberes que su existencia le impone respecto a los particulares. Por ende, “la eficacia de los derechos fundamentales no puede estar a expensas de que el legislador discrimine, por motivos de pura oportunidad, cuál es el ropaje jurídico, la forma jurídica que ha de revestir en una ocasión u otra una determinada parte del aparato de la Administración”⁹⁸.

Para quienes no aceptan la instrumentalización por parte de la Administración de estas formas jurídico-privadas, la única vía de solución es terminar con la creación de estas entidades, porque el principal problema que presentan estas instituciones es la incapacidad de los actuales sistemas jurisdiccionales y fiscalizadores para controlar la actividad desarrollada por las mismas. En consecuencia para autores, como Sala Arquer y Garrido Falla, el fin

⁹⁶ *Ibídem* p. 56-57.

⁹⁷ FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. Límites en la aplicación del Derecho Privado en la actividad administrativa. *Ob. cit.* p. 24.

⁹⁸ *Ibídem* p. 29.

de la huida debe pasar necesariamente por la reordenación de la tipología impidiendo que el legislador, y sobre todo la propia Administración, manejen a su discreción las categorías jurídicas y configuren arbitrariamente el estatuto de estas entidades privadas de iniciativa pública prescindiendo de las características de la actividad que estas desempeñen y de los fines que persigan con su actividad a la hora de caracterizarlas⁹⁹.

El conflicto se dilucida un poco si apoyamos la afirmación de que la Administración no dispone de una «incondicionada» libertad de elección entre el derecho administrativo y el derecho privado, sino que la misma debe estar en función del tipo de actividad que desarrolle, así el problema principal se traslada a la decisión que fundamenta la creación de estas entidades.

Estos enfoques, en general, nos invitan a concluir que la actividad pública constituida por funciones típicamente administrativas tiene que ser desarrollada necesariamente en régimen de derecho administrativo, y la actividad económica de la Administración, en la que no esté presente el ejercicio de potestades administrativas, puede ser realizada en el mercado de la competencia, con criterios del sector privado, revestido en una forma jurídica privada y en régimen de derecho común.

No obstante el simplismo de esta conclusión es, por decir a lo menos, ingenuo, atendido el actual panorama organizacional de la Administración del

⁹⁹ DEL SAZ CORDERO, Silvia. Ob. cit. p. 81.

Estado. En efecto, el enfoque de una solución debe, forzosamente, pasar por reafirmar los controles *ex ante* y *ex post* de la creación del ente y sistematizar criterios para su adecuada constitución y dirección.

En la segunda parte de este trabajo abordaremos las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, de tal forma de conocer su naturaleza jurídica, características, así como también los principales conflictos que se suscitan.

**SEGUNDA PARTE: CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE
DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA EN EL
DERECHO CHILENO**

III. CAPÍTULO: CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA.

Una vez contextualizado el surgimiento de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, tanto en el panorama organizacional de nuestra Administración como dentro del fenómeno de huida del derecho administrativo, corresponde construir un concepto para estas entidades, así como revisar su naturaleza jurídica, la distinción entre aquellas entidades privadas con potestades públicas y aquellas que no las poseen, sus principales características y el régimen jurídico actual que las regula.

1. Nociones generales y naturaleza jurídica.

Al abordar el paisaje organizacional de la Administración del Estado en el primer capítulo de este trabajo, se dejó entrever la complicada adecuación de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública en el engranaje organizacional de la administración. Tanto es así, que en la actualidad estos entes ejercen el cumplimiento de la función administrativa como apátridas dentro de la Administración Pública. En esencia, son entidades que ejercen una labor administrativa o son coadyuvantes de la misma,

rescatados en última instancia por la jurisprudencia, y situados, anteriormente por la doctrina, como un sector paralelo denominado Para-Administración, Administración Invisible, o Administración Paralela, entre otros conceptos que se han acuñado para referirse a ella.

Dados estos antecedentes conviene esclarecer un concepto que comprenda dichos órganos, establecer las características que los separan de las personas jurídicas de derecho privado reguladas plenamente por el Código Civil y de los órganos o servicios regulados por el derecho público.

1.1. Concepto

En nuestro país la Administración del Estado, a lo largo de la historia constitucional, se ha radicado orgánica y fundamentalmente en el Poder Ejecutivo. Es el Presidente de la República quien administra el Estado, dejando establecido que la Administración Pública carece de personalidad jurídica como ente general, y que se sustenta en la personalidad del Fisco o en la de otros entes para efectos de establecer relaciones jurídico-administrativas. No obstante, en la actualidad la Administración ha incrementado su participación en diversas áreas en lo que se conoce como un crecimiento por agregación. Mediante técnicas de derecho privado han surgido entidades dotadas de personalidad jurídica, configuradas como corporaciones o fundaciones y diferenciadas del ámbito estatal, pero ya no desde un punto de vista territorial o funcional como sucedía con la creación de servicios públicos.

Estas corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, son un conjunto de personas jurídicas privadas sin fines de lucro, constituidas para el cumplimiento de una función administrativa. De esta forma, dichas entidades pueden pertenecer íntegramente al Estado o a sus instituciones descentralizadas, o son aquellas en que el Estado o sus instituciones tienen participación mayoritaria o igualitaria, o dirigidas e integradas por éstas a través de sus representantes.

Ahora bien, la misión de este capítulo es extraer los elementos que subyacen a este concepto, a saber, se especificarán las circunstancias o criterios que ha considerado la doctrina y, sistematizado la jurisprudencia, como relevantes, para entender cuándo estos órganos ejercen funciones público-administrativas. Se abordará, principalmente, según el concepto expuesto:

- i.- Su creación por iniciativa pública;
- ii.-La posición dominante y la participación del Estado en estas entidades; y,
- iii.-El cumplimiento de fines administrativos públicos.

Para ello, se analizará la naturaleza jurídica de las entidades en estudio, distinguiendo aquellos elementos que las diferencian, en primer lugar, de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, creadas por iniciativa de particulares y reguladas principalmente por el derecho común; y en segundo

lugar, de aquellas personas jurídicas de derecho público que conforman los OAE. Una vez establecidas las principales diferencias, abordaremos las características y elementos que definen a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública y su legislación aplicable.

1.2. Naturaleza jurídica.

1.2.1. Distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

En 1807, Heise promueve la teoría de las personas jurídicas, la que es difundida por Von Savigny y posteriormente adoptada por nuestro Código Civil. Así, las personas jurídicas son asociaciones o patrimonios a los que el derecho reconoce o atribuye personalidad propia, distinta de las personas que las componen o administran. Se caracterizan por ser ellas mismas personas, esto es, sujeto de Derecho, porque pueden ser titulares de derechos y deberes, y actuar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos y representantes.

Las personas jurídicas suelen distinguirse entre personas jurídicas de derecho público y aquellas de derecho privado.

Para hacer esta distinción la doctrina ha esgrimido algunos factores que colaboran en la dilucidación de la naturaleza de las entidades, los que pasaremos a revisar a continuación:

1.2.1.1. Criterios expuestos por la doctrina

Existiendo claras diferencias entre ambos grupos, como hemos analizado en este trabajo, la base del problema está en la dicotomía entre el derecho público y el derecho privado, por lo que esgrimir un único criterio de distinción sería soslayar lo previamente dicho, ante lo cual, básicamente, se exponen los principales criterios diferenciadores¹⁰⁰, para que, ante una calificación dudosa, se pueda encuadrar la entidad en alguna categoría.

- i) Criterio del fin: El carácter público o privado de una entidad viene determinado por la naturaleza pública o privada de los fines que persiga en su actividad. Las personas jurídicas de derecho público ejercen sus actividades para lograr un objetivo o fin de carácter público en concordancia con la consecución del bien común; en cambio, las personas jurídicas de derecho privado buscan un fin particular. No obstante, como se ha destacado en este trabajo, este

¹⁰⁰ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A. Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 7° Edición, Santiago, p. 515 y en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Cuarta Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, p. 368.

límite no se encuentra tan patente al momento de constituir corporaciones y fundaciones privadas de iniciativa pública.

- ii) Criterio de las prerrogativas o poderes de imperio: Las personas jurídicas de derecho público pueden dictar normas obligatorias, pues detentan potestades públicas. El ente público se caracteriza por ostentar potestades de autoridad, típicas del poder de imperium del Estado.

- iii) Criterio de creación o injerencia estatal: Son entes públicos los creados por el Estado u otro ente, o bien aquellos en los que dichas entidades ostentan potestades de intervención o vigilancia. En este sentido, los entes públicos se instituyen directamente por el Estado, o por otros entes públicos centralizados o descentralizados. Los entes particulares nacen a la vida jurídica en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

- iv) Criterio de la forma: Un ente es privado cuando adopta en su constitución una forma de personificación típica del derecho privado y público cuando la forma que adopta no tiene paralelo en el derecho privado. Este criterio será desarrollado con mayor profundidad al

tratar la diferencia entre las personas jurídicas de derecho público y la de derecho privado en nuestro ordenamiento.

- v) Criterio de encuadramiento: Conforme al cual un ente merece la consideración de público cuando se encuentra inserto o encuadrado en el complejo estructural de otro ente público, que ejerce sobre el primero poderes de tutela o de naturaleza jerárquica.
- vi) Criterio del valor de las manifestaciones de voluntad: El ordenamiento jurídico dota de valor preponderante, al menos en la esfera del derecho público, a la manifestación de voluntad de los entes públicos frente a los de particulares con los que entra en relación.
- vii) Criterio del control administrativo: Los entes públicos se deben someter al control administrativo. Lo que no obsta a que ciertas entidades privadas por el ámbito en el cual ejercen sus actividades también deban someterse a cierta fiscalización administrativa.

Los criterios esgrimidos son similares a los expuestos actualmente por el CPLT y las Cortes de Apelaciones del país, para determinar cuándo nos encontramos ante órganos que ejercen funciones administrativas, específicamente, ante corporaciones y fundaciones que, siendo de derecho privado, han surgido por iniciativa pública desplegando un fin de carácter

general. Queda de manifiesto que tales distinciones por sí solas, no permiten clasificar a una persona jurídica, pues en la actualidad los límites entre el derecho público y el derecho privado se han difuminado bastante, y ya la totalidad de las personas jurídicas poseen hoy elementos de ambos regímenes.¹⁰¹

1.2.1.2. La Administración del Estado y la noción de persona jurídica.

La noción de personalidad jurídica radicada en el derecho público, responde, según Santamaría Pastor¹⁰² a la conjunción de tres ideas, a saber:

1.- La metáfora organicista, que describe simbólicamente al Estado como semejante a un cuerpo humano integrado de órganos.

2.- La idea de Fisco como personificación instrumental del poder público con la que se intentó, en sus comienzos, poder reclamarle judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones al Estado.

3.- Concepto de “corona”, que se utilizó de manera similar al del Fisco, para restringir las facultades de disposición del monarca¹⁰³.

¹⁰¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Ob. cit. p.368.

¹⁰² *Ibidem.* p.366 y ss.

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público. Revista de Administración Pública, Septiembre-Diciembre 1992, N ° 129, Madrid, p. 196 y ss.

En este sentido, la Administración entendida como el complejo de órganos a través de los cuales el Estado ejerce la función administrativa, discurre sobre la base de sujetos de derecho que actúan administrativamente con potestades, cuyo ejercicio, a su vez, crea relaciones jurídicas. La pregunta que se ha hecho la doctrina es que sí, así entendida la Administración, constituye toda ella o, forma parte de una persona jurídica mayor que la válida para actuar como sujeto de Derecho.¹⁰⁴

Para García de Enterría y Fernández, la Administración Pública no es para el derecho administrativo, un complejo orgánico ocasional, sino que más bien debe considerarse como una persona jurídica, y esta personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones.¹⁰⁵ De esta idea, se deriva el concepto del derecho administrativo como derecho estatutario, propio y específico de la Administración Pública, constituyendo así un verdadero derecho común¹⁰⁶. Este carácter de persona jurídica, desarrollado por la doctrina española, tiene como fundamento el desarrollo histórico del poder, desde el medioevo, con el Príncipe, en quien se confundían el *dominium* y el *imperium*, más tarde con el concepto de la Corona, y después con la teoría del Fisco, hasta la idea de personalidad jurídica¹⁰⁷. Para estos autores quedaba claro que la

¹⁰⁴DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p. 25.

¹⁰⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. Ob. cit. p. 32.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 26.

¹⁰⁷ Así para García de Enterría y Fernández la Administración Pública es una expresión singular, simplificada, pues en realidad se puede hablar de una Pluralidad de Administraciones Públicas,

Administración del Estado, como la conceptualizaba la estructura legal, no reflejaba un real resumen de la totalidad de la organización administrativa. Tal amplitud supone un “policentrismo en el cumplimiento de las funciones administrativas, lo que correspondería a una necesidad estricta, derivada tanto de las necesidades técnicas de la gestión cuando la oportunidad de insertar ciertos centros de decisión en grupos sociales parciales facilita la administración de los mismos[...]. En este sentido la personificación jurídica de esos múltiples centros de decisión, se traduce jurídicamente en la consideración de los mismos como centro de imputación de relaciones y posiciones jurídicas. Tal aptitud para ser titular de posiciones y relaciones jurídicas propias se traduce, por fuerza, en una mayor o menor capacidad de autodeterminación y de autogestión del ente en la esfera de sus intereses”.¹⁰⁸

No obstante, en nuestro país, como se ha señalado, la Administración Pública recae en el Gobierno, sin embargo ni este poder ni la misma Administración del Estado se reconocen como personas jurídicas; por lo demás, los órganos administrativos, es decir, los instrumentos de que la Administración se vale para cumplir sus fines, no son tampoco aisladamente personas jurídicas, sino que integran a un sujeto de derecho que es la expresión subjetiva

titulares todas de relaciones jurídico-administrativas. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás. Ob. cit. p. 40.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 379.

de la Administración.¹⁰⁹ De esta forma la Administración del Estado, se cobija en la persona jurídica mayor que corresponde al Estado, el Estado- Fisco, más específicamente.¹¹⁰

Además del Estado, también existen en nuestro ordenamiento otras personas jurídicas diferenciadas del Fisco, pero integrados a un concepto general de Estado, ya desde el punto de vista territorial como del sectorial o funcional. De esta forma, en nuestro ordenamiento y en el derecho administrativo nacional, las organizaciones personificadas son una realidad vigente, que va en expansión. En efecto, esta evolución inorgánica ha dado lugar a un crecimiento por agregación de la Administración Pública, tal como se examinó anteriormente, primero, mediante la descentralización territorial, para dar paso a una de carácter funcional. Por ende, existen en la actualidad muchos servicios personificados, desde el punto de vista funcional, como reflejo de la misma evolución económica y social que impregna los cambios administrativos.

¹⁰⁹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p. 28.

¹¹⁰ Para la doctrina comparada hablar de personalidad jurídica del Estado resulta conflictivo, así para García de Enterría y Fernández no se puede hablar del Estado como persona jurídica, sino sólo de la Administración del Estado, pues el Estado en su conjunto se configura como una realidad superior, a saber, queda como una realidad superior que no se debe entender personificada. [GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. Ob. cit. p. 32.] Para Santamaría Pastor, es criticable que existe una falta de fundamento al excluir de aquella idea a todos aquellos órganos que coexisten con la Administración Estatal, es decir, todos aquellos entes constitucionales dotados de personal y bienes propios, y que se mueven en el tráfico jurídico con independencia de la Administración. De esta forma la personificación del Estado salvaría esta omisión. [SANTAMARÍA, Juan Alfonso. Principios del Derecho Administrativo. Ob. cit. p.374]. Para la doctrina chilena la personificación del Estado, es una realidad aceptada sin discusión, en este sentido se manifiestan Silva Cimma, Aylwin y Azócar Brunner, Claro Solar [Citados en: GUTIÉRREZ, José Ramón. El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de Derecho Público. Revista Chilena de Derecho, vol.36 N°2, 2009, pp. 245-279 y Eduardo Soto Kloss [SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases fundamentales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile v. 1,1996. p.170].

Es así como las transformaciones sociales, dan lugar a la utilización de nuevas técnicas organizativas, a saber, entes, que como coadyuvantes de la actividad administrativa, se encuentra dotados, generalmente, de personalidad jurídica, ya no exclusivamente de derecho público, y se expanden de manera autónoma a la Administración estatal. Dentro de esos casos, se encuentran, entre otros, los fondos descentralizados de tipo fundacional, y claramente las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, “organizaciones, que, aun cuando excedan estructuralmente el marco orgánico de la misma, ejercen de algún modo la función administrativa”¹¹¹.

1.2.2. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como entidades distintas de aquellas personas jurídicas reguladas principalmente por el derecho común.

Según lo expuesto anteriormente, en relación a los criterios distintivos entre personas de derecho público y de derecho privado, y lo dispuesto por la actual jurisprudencia, podemos desprender que, si bien las entidades en estudio tienen una naturaleza jurídica de derecho privado, pueden, a su vez, ser comprendidas funcionalmente dentro de los órganos creados para el ejercicio de la función público-administrativa, y por lo tanto integrar o ser parte de una

¹¹¹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ob. cit. p 22.

Para-Administración dentro de la compleja estructura de la Administración del Estado actual.

Ahora bien, esta clasificación de las entidades en estudio, responde a la existencia de criterios formales que permiten identificar a las corporaciones y fundaciones en estudio como personas jurídicas de derecho privado y, que, a su vez, las distinguen de los OAE propiamente tales. Los criterios que utilizaremos para distinguir estos fenómenos son los siguientes, a saber:

- a) Su forma de constitución,
- b) El aparataje jurídico o la forma externa que han adoptado; y
- c) Si detentan o no titularidad de potestades públicas.

No obstante, también debemos comprender que las entidades en estudio se diferencian de aquellas creadas por iniciativa de particulares y reguladas principalmente por el derecho común, puesto que, si bien las corporaciones y fundaciones son instrumentos provenientes del derecho privado, los elementos que realmente las definen, según la actual jurisprudencia y los criterios doctrinales antes mencionados, son, principalmente:

- i) Haber sido creadas por decisión o iniciativa pública,
- ii) Contar con la participación o representación del Estado o sus instituciones, y

- iii) El ejercicio o el cumplimiento de una función pública-administrativa.

Las entidades en estudio cumplen con ser parte del proceso de integración de formas privadas al ámbito estatal, lo cual, como se ha definido, constituye una respuesta ante la ineficiencia de las estructuras organizativas y de las regulaciones restrictivas de su forma de actuación. En ese entendido, y así lo han señalado las decisiones del CPLT, “el Estado ha creado entidades con formas organizativas privadas para desarrollar típicas funciones administrativas, como sociedades en cualquiera de sus tipos y corporaciones o fundaciones de derecho privado”¹¹².

En efecto, estas entidades si bien corresponden a personas jurídicas privadas se diferencian sustancialmente de aquellas reguladas, fundamentalmente, por el derecho común y, que tienen estas últimas, a mi parecer, su fuente constitucional en el derecho de asociación, establecido en el artículo 19 N° 15 de la CPR.¹¹³

Este precepto entiende la asociación como un derecho y no como un deber, cuyo aspecto negativo es la libertad de asociación, propiamente tal. Por otro lado, enfocado desde su aspecto positivo se mira desde la capacidad de

¹¹² Considerando 4° de Decisión emanada del CPLT Rol C-211-09.

¹¹³ Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbanse las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado (...).

crear o formar organizaciones, o lo que conocemos como derecho de asociación¹¹⁴. En este sentido el derecho de asociación significa, positivamente, que las personas pueden originar entidades que los aglutinen para fines lícitos y sin permiso previo¹¹⁵.

A mayor abundamiento, el constituyente ha creado un aparataje jurídico de protección para estas organizaciones. De esta forma, la regulación a nivel constitucional se manifiesta rechazando un sistema preventivo de organización, es decir, no es necesario contar con un permiso previo para asociarse (inc.1N° 15 art.19). Se establece la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y para ser representadas judicial y extrajudicialmente, siempre y cuando sean constituidas conforme a la ley (inc.2° N° 15 art. 19 CPR). Además en el inc. 4° del número citado se establece, que las únicas asociaciones prohibidas son las contrarias a la moral, el orden público y a la seguridad del

¹¹⁴ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en sentencia Rol N° 43 al señalar: “Que el derecho de asociación concebido en su más pura y natural expresión, como la facultad de una persona para unirse con otras, en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado, se encuentra ampliamente asegurado por el Constituyente quien ni lo somete a prescripción legal alguna para su ejercicio ni dispone que requiera de permiso previo, imponiéndole sólo la limitación de no ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado” (considerando 12).

En este sentido “la libertad positiva se ejerce, sin permiso previo, junto a otras personas naturales o jurídicas, dándose reglas y fines comunes, obteniendo personalidad jurídica en conformidad a la ley, la que arbitra diversos estatutos, fundados en un pacto genético o concurso de voluntades (lo que da pie para distinguir entre asociaciones de hecho y de iure); y la libertad negativa redundante en la garantía de no obligatoriedad de pertenecer a asociación alguna. En el fondo la libertad positiva comprende un “derecho de autoorganización”. ZUÑIGA URBINA, Francisco. Los derechos de asociación y reunión: Nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales. Revista de Derecho Público - Vol. 79, 2° Sem. 2013, pp. 207-228, p. 213.

¹¹⁵ CARMONA SANTANDER, Carlos. Derecho Administrativo. Unidad III. La organización administrativa. Primera Parte. Universidad de Chile, Santiago, 2008, p.4 y ss.

Estado. También la CPR en sus Bases de Institucionalidad, ampara y reconoce a los grupos intermedios y les garantiza una adecuada autonomía (inc. 3° art. 1°). Por otra parte, en sede penal se sanciona al funcionario público que impida a un ciudadano de la república formar parte de cualquier asociación lícita (art. 158, N°4 Código Penal).

Amparadas dentro de este marco de garantías y regulación, se conformó en Chile lo que podría denominarse como un “tercer sector”, pues, en nuestro derecho, las corporaciones y fundaciones han sido el modelo estructural para la mayoría de las organizaciones sin fines de lucro¹¹⁶.

Estos instrumentos son el vehículo jurídico de la sociedad civil, aquellos que en la actualidad cumplen diversas labores de interés público no estatal, pues son organizaciones que actúan complementando, sustituyendo, o como alternativa de determinadas funciones públicas, pero alejadas del panorama organizacional de la Administración del Estado, tales como la Cruz Roja o el Cuerpo de Bomberos¹¹⁷. Estas entidades se denominan instituciones de utilidad

¹¹⁶ IRARRÁZAVAL, Ignacio et al. Estudio comparativo del sector sin fines de lucro. Chile [disponible en línea <http://www.pnud.cl/publicaciones/organizaciones-sin-fines-lucro.pdf> consultado el 02 de noviembre de 2013]

¹¹⁷ En este sentido, importante es la apreciación del Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 1295, la que discurre sobre la naturaleza jurídica del Cuerpo de Bomberos, señalando en sus considerandos más relevantes relativos a este punto, lo siguiente:

“Quincuagesimosegundo: Que los Cuerpos de Bomberos son entidades privadas. Su personalidad jurídica es de derecho privado y el legislador no los crea ni los define en sus elementos esenciales, como lo hace con un servicio público. Ello determina que su régimen jurídico sea el de una corporación o fundación, pero no de una entidad pública, sujeta a los principios de legalidad, control y responsabilidad. [...]

Quincuagesimotercero: [...] El Cuerpo de Bomberos corresponde a lo que la doctrina denomina establecimientos de utilidad pública [...] Éstos se distinguen por no ser servicios públicos, pues no nacen por iniciativa de la autoridad y no forman parte de los cuadros orgánicos de la

pública y la doctrina las conceptualiza como “entes privados que coadyuvan con el Estado en la satisfacción de las necesidades que a éste corresponde mediante servicios públicos y que nacen por la libre iniciativa de los particulares”¹¹⁸.

Indiscutiblemente, dichas asociaciones conformadas por particulares en ejercicio de su autonomía de voluntad, no son el objeto del presente trabajo, puesto que su normativa se remite, esencialmente, al título XXXIII Libro I del Código Civil, reformado por la ley N° 20.500 del año 2011 y a normas del derecho privado.

Por lo demás, como lo indica el profesor Román Cordero, “sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que aun cuando de alguno de los preceptos que integran el catálogo de derechos asegurados a las personas por la Constitución, de la Constitución Política de la República, pudiera inferirse un genérico derecho a la fundación (que no se encuentra expresamente consultado en ésta como sí acontece en el Derecho Comparado), dicho derecho en caso alguno cedería en beneficio de la Administración, lisa y llanamente porque los titulares de los mismos (que asegura la Constitución) son las personas naturales y las personas jurídicas privadas, y respecto de éstas sólo en lo que sea

Administración. También se distinguen por perseguir un fin público, es decir, que interese a la colectividad. Además, la doctrina señala que estas entidades tienen patrimonio propio, personalidad jurídica de derecho privado y su personal se rige por la legislación del trabajo. El Cuerpo de Bomberos, como se observa, reúne todos estos elementos.”

¹¹⁸ SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Ob. cit. p. 351.

pertinente”¹¹⁹. En este sentido la CPR no señala expresamente un “derecho a fundar”, de la Administración del Estado para crear, en términos amplios, tales corporaciones o fundaciones.¹²⁰

Como ha señalado el CPLT, cuando hablamos de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, “no se trata de grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y a los cuales la Constitución les garantiza la autonomía necesaria para cumplir sus propios fines específicos (art. 1º, inc. 3º de la Constitución); se trata de instrumentos de las organizaciones públicas, vale decir, fenómenos estatales que deben analizarse y regularse como tales”¹²¹.

No obstante, no se puede obviar el entrecruce de la normativa *ius privatista* con el objetivo perseguido mediante el uso de las técnicas privadas por parte de la Administración, y la validación, cada vez mayor, de estas entidades privadas para ejercer actividades de interés público. Un reflejo de ello se manifiesta en la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que nos entrega una definición sobre qué debe entenderse como “entidad privada que persigue fines de interés público”. En dicha ley existe una definición hermenéutica sobre entidad privada que

¹¹⁹ ROMAN CORDERO, Cristián. La Para-Administración. Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado creadas a instancia pública. Público y Privado en Derecho Administrativo, 2011, p. 294.

¹²⁰ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. Cit. p.293.

¹²¹ Ver considerando 5º de la decisión de Amparo Rol A242-09.

persigue fines de interés público¹²², a saber, se entiende por tal una entidad cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente o cualquier otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado ¹²³.

Debemos tener presente, además, que el interés perseguido por una persona jurídica sin fines de lucro será siempre el interés definido por el fundador o por los miembros de la corporación a favor de la sociedad, el cual puede distar del interés público que identifica a la Administración con la consecución del bien común.

En consecuencia, adscribimos a lo indicado por el profesor Román Cordero, quien al describir el régimen jurídico de las entidades en estudio señala que “la regla general ha de ser una: (a) en tanto corporación o fundación de derecho privado, se rigen por sus estatutos, las normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, el Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica, etc., y (b) en tanto a la función administrativa que sirven (sino potestad pública que ejercen), por las normas de derecho público que por disposición legal expresa le sean aplicables a la respectiva corporación o fundación”.¹²⁴

¹²² GARCÍA MACHMAR, Williams. Ayudas Públicas. La Subvención del Derecho Administrativo. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Escuela de Graduados. Santiago, 2011, p. 97.

¹²³ Ver art. 15 Ley N°20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la gestión pública.

¹²⁴ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. cit. p. 297.

Por lo demás, al referirnos estas entidades debemos construir su actual regulación a la luz de las normas que rigen también el ejercicio de sus funciones administrativas reguladas por el derecho público.

1.2.3. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como entidades diferentes a los órganos y servicios públicos propiamente tales.

En virtud de los elementos señalados es posible configurar a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como entidades que, siendo órganos de naturaleza jurídica privada, han sido creados por las organizaciones públicas como instrumentos para el cumplimiento de funciones administrativas. Por lo tanto, el carácter público de la iniciativa de creación impregna todo su nacimiento a la vida jurídica, sus actuaciones y relaciones con las demás personas jurídicas derecho privado y público y con la ciudadanía misma.

De esta forma, como hemos abordado, las entidades en estudio se diferencian tanto de las personas jurídicas de derecho privado reguladas principalmente por el derecho común, como también de los OAE. En este sentido, si bien se desarrollan como herramientas de la organización administrativa, existen criterios formales, más bien acotados, que no permiten

clasificar a estas entidades como OAE propiamente tales. Los criterios formales que permiten distinguir a nuestras entidades en estudio de los OAE propiamente tales siguientes, a saber:

- a) Su forma de constitución,
- b) El aparataje jurídico o la forma externa que han adoptado; y
- c) Si detentan o no titularidad de potestades públicas.

A modo de profundización y, como parte del análisis de este punto, se abordarán a continuación estos criterios, realizando un paralelo entre las personas jurídicas de derecho privado reguladas principalmente por el derecho común, y creadas por iniciativa de particulares, los OAE y las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

a. Forma de constitución.

1. Respecto a los OAE: Cabe señalar que surgen de un acto legislativo, ya sea por mandato de la propia CPR o de la ley en sentido estricto, lo que se entiende como ejecución de la potestad organizatoria propiamente tal. Para especificar, en el caso de las personas jurídicas como las corporaciones y fundaciones de derecho público, su constitución se rige por leyes y reglamentos especiales: la Constitución Política, las leyes administrativas y los reglamentos de los servicios públicos. Entre ellas cabe destacar, según lo indicado por el

CC, el fisco, municipalidades, iglesias, comunidades religiosas y establecimientos que se costean con fondos del erario (artículo 547, inciso 2°). Se aplica la misma lógica para la Universidad de Chile (entidades autónomas), la CORFO y las demás personas jurídicas de derecho público que tienen la organización que establecen sus leyes respectivas.

2. Respecto a las personas jurídicas de derecho privado: En el caso de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, éstas nacen de la autonomía privada, es decir, hay un acto jurídico voluntario de los asociados o miembros que da origen a una persona jurídica (llámese corporación o asociación) o, un acto emanado de la voluntad de un fundador que destina bienes al cumplimiento de un fin benéfico (en el caso de la fundación). La autoridad, en el caso de las personas jurídicas privadas que no persiguen fines de lucro, otorga un reconocimiento a la existencia de la personalidad jurídica, pero el acto de creación es convencional. A continuación, se expondrá brevemente las formalidades de constitución que se aplicaron antes y después de la dictación de la Ley N° 20.550 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

2.1. Constitución de personas jurídicas sin fines de lucro pre-reforma Ley N° 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

La constitución de personas jurídicas privadas sin fines de lucro se lleva a cabo mediando las normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil. Vale decir que la constitución de estas entidades, fue reformada por la ley N° 20.500, la que después de un año de vacancia legal entró a regir el 17 de febrero de 2012, y flexibilizó la creación de estas entidades.

El nuevo procedimiento de constitución, reforma, disolución y fiscalización de asociaciones y fundaciones se encuentra contemplado entre los artículos 545 y 564 del Código Civil. No obstante, según lo comentado previamente, nuestro Código Civil sigue las ideas de Von Savigny sobre persona jurídica, en consecuencia existía una fuerte sujeción al poder gubernamental. Predominaba la idea de que la personalidad jurídica era una cubierta ficticia que el legislador o el Gobierno, podía conceder o denegar a una agrupación o un patrimonio para conseguir un fin de bien común. Por ende, los pasos a seguir para constituir las eran largos, y supeditados si es que no a la intervención directa de la ley, al otorgamiento de estatutos aprobados por la autoridad. Después de la presentación de los estatutos para la aprobación del Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia (antiguo art. 548 CC; art. 20 y siguientes del Decreto N° 110 Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a corporaciones y fundaciones), se realizaba un examen del Consejo de Defensa del Estado (art. 21 Decreto N° 110). Luego, se da paso a un periodo de observaciones del Consejo a los estatutos, que puede conllevar o no a la enmienda de los defectos detectados, hasta finalmente concluir con la

emisión de un decreto supremo por el cual se concedía la personalidad jurídica, el que debía publicarse en el Diario Oficial.

2.2. Constitución de personas jurídicas privadas sin fines de lucro según reforma Ley N° 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Hoy en día, junto a la evolución del Estado, la sociedad civil comenzó a participar en mayor medida en la concreción de fines comunitarios y generales, reflejo de ello es la manifestación en la misma CPR la constitución de personalidad jurídica, es una emanación del derecho fundamental de asociación (art. 19 N° 15 CPR). Por lo demás, el 17 de febrero de 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.500, al año de vacancia legal, cuyo contenido implica la una gran reforma para la regulación de las personas jurídicas sin fines de lucro de aquellas reguladas por el Título XXXIII, del Libro I del Código Civil (asociaciones y fundaciones) en cuanto a la institucionalidad de las mismas.

Este nuevo procedimiento de constitución, reforma, disolución y fiscalización de asociaciones y fundaciones se encuentra contemplado entre los artículos 545 y 564 del Código Civil. En la actualidad, esta reforma liberaliza la forma de constitución, la que deberá realizarse por un acto constitutivo solemne, mediante escritura pública o escritura privada pero suscrita ante una autoridad como un notario, oficial del Registro Civil o funcionario municipal autorizado por el Alcalde. En el acto constitutivo se debe manifestar la

expresión de voluntad de constituir una persona jurídica, el nombre de esta (el cual debe hacer referencia a su naturaleza, objeto o finalidad), la aprobación de los estatutos¹²⁵, la designación de las autoridades inicialmente encargadas de dirigirla, y la individualización de los que comparecen otorgando el acto. Posterior a ello, se entrega copia autorizada ante la Secretaría Municipal correspondiente al domicilio de la persona jurídica en formación en el término de 30 días. Dentro de los 30 días siguientes a la fecha del depósito, el Secretario Municipal podrá objetar fundadamente dicha constitución. Si existen observaciones éstas deben ser subsanadas también en el plazo de 30 días, salvo que se hayan utilizado cláusulas de los modelos de estatutos aprobados por el Ministerio de Justicia, caso en el cual el Secretario Municipal no podrá objetar dichas cláusulas. Si no se hacen observaciones, o estas son subsanadas, en el plazo de cinco días el Secretario Municipal archivará copia de los antecedentes y enviará los originales al Servicio del Registro Civil para que se inscriba la nueva corporación o fundación en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro. De esta forma, la entidad gozará de personalidad jurídica en el momento en que el Registro Civil inscriba los antecedentes en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin fines de lucro. Si bien, la mayoría de las entidades se crearon bajo la normativa anterior, es necesario conocer el escenario actual que rige a las nuevas personas jurídicas

¹²⁵ Los estatutos de la corporación deben contener, entre otras menciones: (1) Nombre y domicilio de la corporación; (2) Los fines que se propone y los medios con que los realizará; (3) Categorías de asociados, sus derechos y obligaciones; y (4) Los órganos de administración y sus atribuciones.

sin fines de lucro que se pretendan crear por parte del Estado y sus organismos.

3. Respecto de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública: La forma de constitución de las entidades en estudio, como se puede desprender, en aspectos formales, se sujeta principalmente a la normativa dispuesta en el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, pre-reforma de la Ley N° 20.500.

Tal facultad para constituir personas jurídicas de derecho privado, en la práctica, fue desplegada, principalmente, por OAE o funcionarios públicos, concurriendo como voluntades -dirigidas- a la constitución de estas entidades en conformidad a las normas expresadas. Es decir que, si bien en su constitución se aplicó la normativa de derecho privado, fueron creadas por iniciativa pública al alero de organismos pertenecientes a la Administración del Estado, elemento fundamental que las distingue de aquellas entidades creadas por particulares.

3.1. Casos.

En relación a su forma de constitución, a continuación expondremos, a modo de referencia, pues serán profundizados en diversos aspectos con el avance este trabajo, los principales casos en estudio:

- i. Corporación Nacional Forestal o CONAF:** Esta entidad fue constituida por el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario, la Corporación de Fomento de la Producción y la Corporación de la Reforma Agraria como una corporación de derecho privado que se regiría en su formación, funcionamiento, financiamiento y extinción por sus estatutos, y en el silencio de ellos, por las disposiciones del Código Civil, y por el Decreto N° 110, publicado el 20 de marzo de 1979, del Ministerio de Justicia, sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones y por las disposiciones legales y reglamentarias que hagan referencia a ella.
- ii. Servicio de Cooperación Técnica o SERCOTEC:** Es una corporación de derecho privado cuyos estatutos fueron aprobados por el Decreto Supremo N° 3438 del 06 de Julio de 1955.
- iii. Centro de Información de Recursos Naturales o CIREN:** Creado por la CORFO y SERCOTEC, como corporación de derecho privado, cuyos estatutos fueron aprobados por el D.S. N° 110, del 17 de enero de 1969.
- iv. Instituto Nacional de Capacitación Profesional o INACAP:** Es una corporación de derecho privado, ya en la actualidad traspasada a privados, pero que tuvo o mantienen una intervención relevante de parte

del Estado. Los estatutos de esta entidad fueron aprobados mediante el D.S. N° 2.541, de octubre de 1966, como filial de la CORFO y también conformada por SERCOTEC.

- v. **Centro de Investigación Minera y Metalúrgica o CIMM:** Entidad cuyo surgimiento fue en la forma de una corporación privada sin fines de lucro, cuyos estatutos fueron aprobados por D.S. N° 173 del 27 de enero de 1971¹²⁶, y que en sus inicios contó con financiamiento mixto, situación que cambió radicalmente en 1988, desde cuando el Centro logró su privatización, y cuya actual desaparición deja varios interrogantes en virtud de la escasa transparencia con la que se concretó el proceso.

- vi. **Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por municipalidades:** En principio, la creación de entidades privadas por parte de las municipalidades se efectúa en virtud de la dictación del D.L. 1.289 del 14 de enero de 1976 Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal, del D.L. 3.063 el 29 de diciembre de 1979 o Ley de Rentas Municipales y D.F.L.1-3063, publicado el 13 de Junio de 1980, el cual establece los servicios traspasados en el ámbito de salud, educación y desarrollo social a la entidad municipal. Actualmente en nuestra CPR, se faculta a las municipalidades en su art. 118 inciso 6° a

¹²⁶Información disponible en <http://transparencia.minmineria.cl/Transparencia/archivos/cimm.pdf> consultado el 03 de noviembre de 2013.

“constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro (...)”. A su vez, en el art. 5° de la LOCM reitera dicha facultad, la que se regirá según el art. 129 por las normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la misma ley.

vii. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por Universidades Estatales: La Ley N° 19.168 del año 1992¹²⁷, extendió a las Universidades Estatales, la facultad contenida en el actual artículo 55 del Estatuto de la Universidad de Chile, del D.F.L. 3 del de 10 de marzo de 2006, del Ministerio de Educación¹²⁸. Dicho artículo estipula lo siguiente:

Art. 55: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la Universidad de Chile estará facultada para:

b) Crear y organizar con otras personas naturales o jurídicas nacionales, extranjeras o internacionales, asociaciones, sociedades, corporaciones o fundaciones cuyos objetivos

¹²⁷ La Ley N° 19.168, publicada con fecha de 17 de Septiembre de 1992, señala lo siguiente:

"Artículo único.- Las Universidades de Tarapacá, Arturo Prat, Atacama, Valparaíso, el Bío-Bío, Magallanes e Instituto Profesional de Osorno gozarán de la facultad que la letra b) del artículo 49 del decreto con fuerza de ley N° 153, de 1981, del Ministerio de Educación, otorga a la Universidad de Chile.

La decisión de crear, participar, asociarse, incorporarse, retirarse, definir el monto de los aportes a las respectivas asociaciones, sociedades, corporaciones o fundaciones o aumento de ellos, se adoptará por la Junta Directiva, a proposición del Rector, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio."

¹²⁸ El D.F.L. N° 3 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°153, de 1981, que estableció los Estatutos de la Universidad de Chile.

correspondan o se complementen con los de la Universidad, aportando a ellas fondos provenientes de su patrimonio.

El tenor de esta disposición se reitera en todos los Estatutos de las Universidades Estatales, permitiendo la eventual creación de entidades privadas, las cuales se regirán en su conformación por normas de derecho privado. Vale acotar, que estos órganos de educación superior integrarían la Administración Pública, toda vez que, las Universidades Públicas, se encuentran comprendidas dentro de la expresión, ya analizada, del art. 1° de la LOCBGAE como “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”¹²⁹.

¹²⁹ Se esgrime similar lógica argumentativa en Reclamo Rol C-351-09 ante el Consejo para la Transparencia [http://www.consejotransparencia.cl/consejo/stat/search/search_results.html?filtro_búsqueda=seguimiento&search_texto= consultado con fecha de 23 de noviembre de 2013]. Asimismo, se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1892, que indica en sus primeros considerandos que las Universidades Estatales deben considerarse como servicios públicos descentralizados, a saber:

“Considerando cuarto: Que, asumida esta identidad de la Universidad de Chile, como institución estatal con personalidad jurídica propia de derecho público, entonces su más elemental aplicación es que necesariamente debe subsumirse en algunas de las clases genéricas con que la Constitución concibe al Estado. E integrar, por tanto, su Administración, habida cuenta que no cabe enmarcarla en el Poder Judicial ni en el Congreso Nacional, ni ha sido incorporada expresamente en el texto supremo en una categoría diferenciada, al modo del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional. Siendo de agregar que la unanimidad de la jurisprudencia y la doctrina, reconocen a la Universidad de Chile como un servicio público descentralizado correspondiente a la Administración del Estado.

Considerando quinto: Que en esta sede, pues, no procede sino afirmar esa premisa que representa el punto de partida aceptado por la jurisprudencia constitucional, cual es que la Universidad de Chile, al igual que las otras universidades estatales, se perfila con todos los rasgos peculiares y distintivos que caracterizan a los servicios públicos de la Administración del Estado.”

- viii. Red de Fundaciones de la Primera Dama**, respecto a la constitución de fundaciones, a saber: Fundación Integra, Fundación de la Familia, Fundación Promoción y Desarrollo de la Mujer, Chilenter, Artesanías de Chile, Orquestas Juveniles y Tiempos Nuevos, en su constitución también se rigen por la normativa privada.
- ix.** Otras entidades análogas¹³⁰, tales como la Corporación Centro Cultural Gabriela Mistral, el Centro Cultural Palacio La Moneda, o la Corporación Cultural Estación Mapocho, son instituciones que rigen su constitución por las normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil.

b. Aparataje jurídico o forma externa.

En principio los OAE se distinguen claramente de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro creadas por particulares, por la forma externa que pueden adoptar. En este sentido, como mencionamos con anterioridad, los primeros pueden tener consagración constitucional o surgir de un acto legislativo, y pueden adoptar la forma de una persona jurídica de derecho público, que en el caso de las corporaciones y fundaciones de derecho público, se rigen por leyes y reglamentos especiales. Por ende, respecto a la

¹³⁰ Para ver ejemplos de las entidades en estudio se puede revisar el trabajo doctrinal del profesor Cristián Román Cordero en "La Para-Administración. Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado creadas a instancia pública. Ob. cit. p.290.

creación y constitución de los OAE, la intervención del Estado es preponderante, pues se requiere una ley que los regule exhaustivamente en cuanto a su organización, determine sus fines y atribuciones. La iniciativa de creación por tanto es del Estado y se traduce en una ley.

Las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro y creadas por iniciativa de particulares, como las corporaciones y fundaciones, que son las formas jurídicas que nos interesan, se diferencian, a su vez, de las personas jurídicas de derecho privado creadas por iniciativa pública, en diversos aspectos y matices. A modo de exposición se realizará, primero un paralelo entre las primeras, con las principales características y diferencias que exhiben ambas organizaciones, y se comentará como esas características se desenvuelven en las entidades en estudio.

1. Distinción entre corporaciones y fundaciones.

a. Constitución de corporaciones y fundaciones:

- i. En el caso de las corporaciones, su constitución se lleva a cabo, mediante un acto jurídico que se manifiesta como una declaración común de voluntad de sus miembros; es un acto unilateral complejo. La doctrina tipifica el acto constitutivo como

contrato, por analogía con las sociedades que, en nuestra tradición jurídica, son concebidas como asociaciones de base contractual. No obstante, se puede decir que el acto creador de la corporación tiene predominantemente el carácter de un acto unilateral complejo, como contraste el de las sociedades, tiene el carácter de un contrato patrimonial.

- ii. Las fundaciones, por su parte, tienen su origen en las llamadas “causas pías”, que eran instituciones de beneficencia privada o pública, que empezaron a aparecer a fines del Imperio Romano, bajo la influencia del cristianismo. Las fundaciones son una creación de un fundador que es el que propone un fin a cumplir por el ente que crea, dispone de los medios materiales o personales que quedaran afectos al cumplimiento.

En la actualidad las fundaciones se han transformado en el cauce idóneo para la realización de fines filantrópicos. Esta noción de fundación es la compartida por el derecho continental, el cual se contrapone al concepto anglo-sajón, en que las fundaciones (trusts) tienen funciones muy diversas, que escapan a la pura filantropía. En esa tradición jurídica el “trust” se caracteriza, más que por sus fines, por la circunstancia de separar un patrimonio y crear respecto de él una administración independiente de la propiedad de los bienes.

iii. La forma de constitución de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, como se mencionó, en aspectos formales se sujeta principalmente a la normativa dispuesta en el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, pre-reforma de la Ley N° 20.500. No obstante, la facultad para constituir es manifestada por la iniciativa pública de diversos OAE o funcionarios públicos, que concurren a la creación de estas entidades en conformidad a las normas expresadas.

b. Conformación y administración:

i. En el caso de las corporaciones, en sentido estricto, aquellas sin fines de lucro, son personas jurídicas formadas por un número de individuos asociados para la realización de un fin común que no tenga carácter de lucro¹³¹. El conjunto de personas adoptan la condición formal de miembros; “son estos miembros, por una parte los titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, aunque se trate de sus intereses comunes y no particulares; y, en segundo término, los propios miembros son quienes organizan el ente, en el sentido también de que es su voluntad la que va a integrar la

¹³¹DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 2005, p. 160.

voluntad propia del ente a través de un proceso representativo”.¹³²

Sus órganos representativos son (i) la Asamblea de Socios que es el órgano deliberativo y adopta sus acuerdos por el quórum que señalen sus estatutos y, (ii) el Directorio, que es el órgano de administración de la corporación¹³³.

- ii. Las fundaciones, por su parte, están constituidas por un conjunto de bienes destinados a un fin de interés general¹³⁴. En palabras de García de Enterría y Fernández, en las fundaciones no existen propiamente miembros, sin embargo, eventualmente, puede haber interesados o destinatarios de la actividad, o usuarios de las prestaciones que dichos entes proporcionan¹³⁵. Esto se da porque las fundaciones son creaciones de una persona, que es el que propone un fin a cumplir por el ente que crea, quien, a su vez, generalmente dispone de los medios materiales y personales que quedan afectos al cumplimiento de este fin. Suele suceder además que la voluntad del fundador es la que impera en la constitución de los órganos propios del ente, en su organización y disolución, posiblemente. Específicamente cuanto a su

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p.385 y ss.

¹³³ BARROS BOURIE, Enrique y ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás. Personas Jurídicas. Derecho Civil I. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 20 y ss.

¹³⁴ DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil. Parte general. Ob. cit. p. 161.

¹³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. 387.

organización y administración, está se manifiesta en la voluntad del fundador, en el acto constitutivo. Por ende los estatutos de la fundación deben contener las disposiciones que establezcan cómo se integran los órganos de administración y cuáles serán sus atribuciones. Normalmente el órgano administrador será el directorio.

- iii. Las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, en cuanto a su conformación, tienen similares características a las descritas, salvo que sus órganos de decisión, administración y control están integrados prioritariamente por autoridades o funcionarios públicos o personas que han sido designadas por éstos y, dependiendo de la forma que adopten, tendrán una u otra estructura.

c. Fines:

- i. En una corporación el fin de aquella, es el común y deseado por los asociados.
- ii. La fundación, por su parte, tiene por objeto la obtención de un fin benéfico de interés general querido por el fundador o desarrollo intelectual o artístico que redunda en beneficio de terceros y no del fundador.

- iii. En el caso de fundaciones y corporaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, éstas se constituyen para el cumplimiento de labores administrativas y fines públicos o de interés general.

d. Patrimonio:

- i. Ahora bien, en relación a la función que cumple el patrimonio, es una diferencia que se ha relativizado tanto en las corporaciones y corporaciones creadas por particulares. En la actualidad el énfasis se pone más en la capacidad de generar fondos o de atraer recursos que en la inversión de las rentas de su patrimonio, trasladando el eje de preocupación desde la dotación en el caso de las fundaciones, y en el de los aportes en caso de la corporación, a la organización propiamente tal.¹³⁶
- ii. Respecto al patrimonio de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, en estas organizaciones, es bien sabido, que la principal fuente de financiamiento se origina en las ayudas públicas que reciben de parte del Estado, y por otro lado, en términos muy generales, producto de donaciones y venta de servicios.-

¹³⁶IRARRÁZVAL, Ignacio et al. Estudio comparativo del sector sin fines de lucro. Ob. cit. p. 27.

c. Atribución y titularidad de potestades públicas

En este punto se abordará la atribución y titularidad de potestades públicas a los OAE, como criterio diferenciador de las entidades de derecho privado creadas por iniciativa pública, en línea con la idea de que, como personas jurídicas de derecho privado no deben ostentar potestades públicas. Para ello, es necesario, previamente, exponer un concepto de potestad y de los mecanismos de atribución de potestades que predominan en el sistema de Administración Pública.

i. Concepto de potestad.

El concepto de potestad, es definido por Santamaría Pastor, como “aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del Estado material de cosas existentes.”¹³⁷

Este concepto de potestad se suele describir en contraposición al concepto de derecho subjetivo. Ambas son especies de poderes jurídicos, es decir, facultades de querer y obrar conferidas por el ordenamiento jurídico. No obstante, si bien, ambos conceptos tienen esta nota de identidad, todas las

¹³⁷SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. Cit. p. 397.

características que lo siguen los diferencian. Mientras que el derecho subjetivo tiene su origen en una relación jurídica concreta, recae sobre un objeto específico y determinado, consiste en una pretensión concreta y, a su vez, corresponde con un deber correlativo que debe cargar un sujeto pasivo.

La potestad tiene su origen en una norma jurídica, posee un objeto genérico, consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un objeto o un colectivo de sujetos. En palabras de Oelckers Camus, la potestad se desenvuelve en una dirección o aspecto genérico, es un poder jurídico general y abstracto que no tiene objeto singularmente determinado, ni sujetos especialmente obligados¹³⁸(ejemplos: potestad sancionadora, potestad disciplinaria, potestad expropiatoria, potestad reglamentaria, entre otras). De este origen legal, se desprende que sea inalienable, como poder genérico es intransmisible e intransferible e imprescriptible, además de ser también irrenunciable.

De esta forma la potestad jurídica siempre tiene su origen o deriva de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa, que además de configurarla, atribuya su titularidad.¹³⁹

ii. Potestades administrativas

¹³⁸OELCKERS CAMUS, Osvaldo. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 1 (1977). Ob. cit. p. 125.

¹³⁹GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 443.

Las potestades administrativas se entregan a los OAE para satisfacer los intereses públicos puestos bajo la esfera de su competencia, lo que permite identificarlas como potestad-función. Para García de Enterría y Fernández, en el caso de la Administración, la atribución de potestades es la concreción del principio de legalidad, siendo de esta forma como se manifiesta la idea política del poder público¹⁴⁰. Es la manera en la que potestades singulares son arrojadas a la Administración; así la legalidad, define, pues y atribuye, potestades a la Administración. La acción administrativa, es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará relaciones jurídicas concretas que pueden ser favorables o actuar como gravámenes para los ciudadanos¹⁴¹. Por este efecto que genera en la realidad jurídica, es que las potestades administrativas, pertenecen a las llamadas potestades-función, las cuales comprenden a todas aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio del titular, es decir, potestades administrativas que deben ejercitarse en función del interés público. Esto es lo que se califica como poderes fiduciarios, a saber, “poderes en los que se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo”.¹⁴²

¹⁴⁰ *Ibidem* p. 444.

¹⁴¹ *Ibidem* p. 445.

¹⁴² *Ibidem* p. 445.

Asimismo, no es posible entender esta idea¹⁴³ sino inserta dentro de la concepción de derecho administrativo europea continental, que sitúa a la Administración como un sujeto cualificado que interviene y donde los poderes jurídicos de ésta y los derechos de las personas que actúan como fundamento y contrapeso, están afectados por la tutela de los intereses públicos comprometidos¹⁴⁴. Por ende, esto se sostiene en la existencia de potestades públicas específicas a favor de los OAE, las cuales están construidas como poderes-deberes finalizados, orientadas a la satisfacción de un interés público¹⁴⁵. Estos poderes-deberes en los que se convierten las potestades administrativas, dado por el cariz de funcionalidad que las compone, dejan de ser sólo situaciones jurídicas de poder o activas, sino que en palabras de Santamaría Pastor, se trata de situaciones jurídicas mixtas, es decir en estas situaciones, convergen condiciones de poder y de deber. Para el autor casi la totalidad de las potestades administrativas son potestades de ejercicio obligatorio, esto es, situaciones de poder cuyo ejercicio no es facultativo para su

¹⁴³ En el derecho anglosajón la idea de poderes fiduciarios se explica mediante el concepto de *trust*, en el sentido de negocio fiduciario, siendo el Ejecutivo un simple *trustee* del pueblo. En la tradición continental, han continuado en la tradición francesa las ideas de representación, mandato o delegación. No obstante, García de Enterría, entiende que no puede haber representación en el mecanismo de atribución de potestades, porque esta se efectúa a través de la legalidad, como técnica del principio de legalidad y no como un apoderamiento intersubjetivo. García de Enterría, E. y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p 446.

¹⁴⁴ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. Revista de Derecho Volumen XX (2), 2007, p. 72 y ss.

¹⁴⁵ *Ibídem*, p. 73. Ver además art. 1º de la CPR y el art. 1º LOCBGAE.

titular, sino obligado o debido, en cuanto otorgados por el sistema normativo para la tutela de intereses ajenos.¹⁴⁶

De esa forma, para el correcto ejercicio de estas potestades y privilegios, se debe determinar previamente su campo de acción; para ello se establece un conjunto de normas que regula su actuación, disponiendo requisitos estrictos para su constitución y funcionamiento regular y, consagrando una serie de mecanismos de garantía para las personas frente al ejercicio irregular de las potestades públicas.

Para la doctrina nacional clásica, se distinguen las siguientes potestades administrativas: ejecutiva, de mando, disciplinaria, reglamentaria, discrecional y jurisdiccional¹⁴⁷, pudiendo existir otras que coadyuven al cumplimiento de su función institucional—, poniéndolas en conexión con los fines de “servicio público¹⁴⁸” que deberían ejecutar aquellos órganos para la protección efectiva de los intereses generales de la población. En efecto, las potestades administrativas son variadas, de distinta intensidad y tienen contenido diverso, aunque su conformación debe estar encauzada para satisfacer los intereses públicos puestos bajo la tutela de la organización administrativa por el ordenamiento jurídico.

¹⁴⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit. p. 398 y ss.

¹⁴⁷ SILVA CIMMA, Enrique, Ob. cit. p. 30.

¹⁴⁸ Ver art. 3° de la LOCBGAE.

De esta forma las potestades, en cuanto poder autoritario de intervención en la esfera jurídica de terceros, son principalmente de titularidad pública, siendo relevante, por ello, conocer las diferentes técnicas de atribución de potestades públicas.

iii. Mecanismos y técnicas de atribución de potestades

El mecanismo de habilitación legal, reflejo de la vinculación directa entre el concepto de potestad con el principio de legalidad, para García de Enterría y Fernández, es:

“la expresión de un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración. En este sentido la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido”¹⁴⁹.

Como se previno, la Administración se encuentra delimitada en su actuación por la ley, no sólo desde un punto de vista negativo, sino que

¹⁴⁹GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 441.

también positivamente mediante la atribución de potestades de actuación, siendo este el efecto típico habilitante de la ley respecto de la Administración¹⁵⁰. Como señalábamos, las potestades administrativas encuentran su origen en el ordenamiento jurídico, por lo cual se hace necesario que aquellas les sean atribuidas por éste previamente. Para Oelckers Camus, la necesidad de una atribución previa de potestades se entiende en virtud de las funciones de la Administración y de su sujeción al ordenamiento jurídico, habilitada sólo para gestionar los intereses de la comunidad en función de la cual la ley le atribuye potestades. En este sentido, el mecanismo de habilitación implica una atribución inicial de poder a los OAE, para que puedan actuar y desenvolverse en la vida jurídica como órganos competentes, competencia que ha de ser atribuida específicamente¹⁵¹

Si bien todos los sujetos del ordenamiento reciben de éste determinadas potestades, este fenómeno es especialmente significativo respecto de la Administración que concreta en ello la técnica del principio de legalidad. Este mecanismo de atribución se manifiesta en la propia CPR, en su art. 7°, principalmente en su inc. 2°:

¹⁵⁰OELCKERS CAMUS, Osvaldo. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 1 (1977). Ob. cit. p. 125.

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 123.

“Art. 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”

Corolario de ello, es lo dispuesto en el art. 2º de la LOCBGAE el cual dispone que los órganos de la Administración del Estado “no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico”. Entonces, la potestad administrativa, como mecanismo de atribución de la ley, debe haber sido atribuida previamente por una norma, de forma expresa. Por ende, se entiende válida la actuación administrativa que se ejerció mediando una norma previa, que atribuyó dicha potestad de actuación al OAE, y que resulta en un acto concreto de la Administración, como ejercicio legítimo de esta potestad. Una vez determinada la atribución, se concreta la titularidad del ejercicio de la potestad pública, que sólo compete a los OAE¹⁵².

¹⁵² Si bien, se mencionó que esta atribución debe ser expresa existen diferentes formas en las que se puede manifestar. Por una parte, puede existir un apoderamiento explícito o implícito. La atribución de potestades debe ser, en primer lugar, expresa, ello en virtud de que la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la ley le atribuye. [García de Enterría, E. y Fernández, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 447.] Esta idea, no obstante, se ve matizada por la doctrina de los poderes implícitos o inherentes, los cuales, excepcionalmente, pueden inferirse por interpretación de las normas del texto legal. Según Oelckers, el problema de los poderes inherentes se refiere a que no son potestades atribuidas

Por último, cabe señalar otra característica de la atribución de potestad, pues ésta además de ser expresa debe ser específica, es decir, en cuanto a su contenido debe ser concreta y determinada. No es concebible una potestad indeterminada, pues pone en peligro la seguridad y garantía del ejercicio de los demás derechos. Además, la técnica organizativa, exige que toda organización se edifique sobre una distribución de funciones y competencias en un conjunto de órganos, por lo que debe existir una determinación en la atribución de potestades. Esta especificidad, también está dada por la idea de que la Administración no puede pretender un poder general sobre los ciudadanos, sino sólo potestades concretas¹⁵³. En virtud de esta conceptualización de las

expresamente por la ley, son derivadas implícitamente del ordenamiento, sin que exista una confusión con la indeterminación de poder.[OELCKERS CAMUS, Osvaldo. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Ob. cit. p. 133]

Este poder implícito es sólo una excepción a la atribución expresa; esta atribución ha de derivarse siempre del ordenamiento jurídico, pero este no agota su contenido en la norma legal, sino que también se encuentra en otras fuentes como la costumbre o los principios generales del derecho.

Por otra parte, también existe la posibilidad de la atribución de potestades por medio de una norma reglamentaria, llamado autoatribución de potestades. Esta forma de atribución para García de Enterría y Fernández, se puede aceptar como un mecanismo formal. En efecto dicho autor afirma que, si bien la Administración actúa las potestades que le han sido previamente atribuidas, cuando pretende iniciar una actuación concreta, sin contar con potestades previamente atribuidas para ello, puede comenzar a promover una reforma a la legalidad existente. Este fenómeno de autohabilitación, se hace a través de normas reglamentarias, mediante el cual la Administración se autoatribuye potestades nuevas y más intensas que regulen las situaciones a las cuales se ven enfrentados los OAE. Estas nuevas potestades no quiebran del principio de legalidad, pues es una confirmación del mismo en cuanto mecanismo formal [GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Ob. cit. p. 447]

¹⁵³En este sentido, la técnica de las cláusulas generales de apoderamiento, se esgrime, no como una excepción, sino como una técnica para delimitar un ámbito de actuación dentro del cual puede actuar el ente. En estos casos, la potestad no se atribuye para un supuesto concreto y específico, sino que de forma general para una serie de supuestos. Para García de Enterría y Fernández un ejemplo de este tipo de cláusulas, es aquella llamada "cláusula general del orden público", en estos casos, podemos entender como actos contrarios al orden público los que de cualquier modo alteran la paz pública o convivencia social, para los que la Administración está autorizada generalmente para adoptar las medidas necesarias y adecuadas. La técnica de los

potestades administrativas y de los mecanismos de atribución y titularidad de las mismas, para Oelckers Camus, es posible desprender los siguientes presupuestos de ejercicio de la potestad:

1. La creación del OAE, con la consiguiente atribución de competencia, entendida según las finalidades a conseguir por el órgano administrativo.
2. La determinación específica de competencias que supondrá la atribución de potestad.
3. La determinación y concreción de la titularidad del ejercicio de esas competencias, y por ende de la potestad.

Estos presupuestos sólo se pueden dar en órganos públicos, los cuales se desenvuelven en la vida jurídica en ejercicio de las potestades-función que el propio ordenamiento, mediante el principio de legalidad, les atribuye como un mecanismo de concreción y determinación. En efecto, la titularidad de potestades públicas es uno de los criterios que distingue a los OAE de las entidades de naturaleza jurídica privada y, sea el caso, las diferencia de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

conceptos jurídicos indeterminados ayuda a no concebir a dichos poderes como ilimitados ya que se trataría de una acotación de supuestos que no son en sí ilimitados, sino simplemente imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitable en su aplicación concreta. Asimismo, estas cláusulas en que existe una aparente indeterminación, y por lo tanto una excepción al principio de legalidad, deberían estar siempre limitadas por el principio de proporcionalidad, siendo sólo legítimo lo que sea idóneo para resolver la situación de que se trata [OELCKERS CAMUS, Osvaldo. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Ob. cit. p. 137]

2. Elementos constitutivos de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

Una vez expuestos los criterios que distinguen a estas entidades de los OAE y de las personas jurídicas de derecho privado propiamente tales, es preciso concentrar el análisis en los elementos y características que definen a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública. Para ello se abordarán los elementos ya expresados anteriormente, a saber: i. su creación por iniciativa pública, ii. la participación o representación estatal y iii. la naturaleza de los fines o de la función que cumplen.

En este sentido, cabe decir, que la instrumentalización de técnicas privadas¹⁵⁴, en el cumplimiento de funciones administrativas, ha conllevado a la utilización de criterios más excluyentes y definidos para integrar a estas corporaciones o fundaciones de derecho privado en el esquema de la

¹⁵⁴ El considerando 5° del decisión A211-09 señala al respecto:

“Que la creación de estas entidades tienen un evidente carácter instrumental, pues se constituyen cuando los fines específicos que se pretenden conseguir o la necesaria participación de los ciudadanos en la gestión de una función pública hacen necesario o conveniente contar con formas de gestión y niveles de eficacia y flexibilidad que no resultan posibles de alcanzar dentro del marco de la Administración tradicional. En consecuencia, al optar por la creación de estas entidades no se está procurando eludir la aplicación íntegra del Derecho Público sino que brindar un mejor servicio a los ciudadanos, razón por la cual no puede sostenerse que los entes así creados queden por completo fuera del ámbito del Derecho Público, como si su creación hubiese respondido al libre despliegue de la iniciativa de los particulares: no se trata de grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, y a los cuales la Constitución les garantiza la autonomía necesaria para cumplir sus propios fines específicos (art. 1º, inc. 3º de la Constitución); se trata de instrumentos de las organizaciones públicas, vale decir, fenómenos estatales que deben analizarse y regularse como tales.”

Administración del Estado. Se debe atender, entonces, al rol del Estado, quien, por sí o mediante sus órganos descentralizados, constituye entidades con formas organizativas privadas, como instrumentos de colaboración en el cumplimiento de la función administrativa. En concordancia con ello, la jurisprudencia emanada del CPLT, destaca que el “requisito básico para la creación y existencia de tales entes es que respondan a necesidades efectivas derivadas de las exigencias propias de las funciones encomendadas a los organismos que concurren a su creación y que sean elementos coadyuvantes de la consecución del bien común¹⁵⁵”.

Es por ello que, mediante la aplicación de los criterios constitutivos recogidos desde la legislación y doctrina, el CPLT ha estimado en sus decisiones¹⁵⁶ que una corporación o fundación de derecho privado ejerce funciones administrativas cuando el Estado tiene una posición dominante sobre las mismas, esto es, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

a.- La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, también denominada iniciativa pública de creación: Lo importante es que la decisión pública de creación debe ser en el ejercicio de potestades legalmente asignadas;

b.- La integración de sus órganos de decisión, administración y control por

¹⁵⁵ Ver considerando 5° del amparo A 211-09.

¹⁵⁶ Ver en decisiones emitidas por el CPLT: Rol N° A 242-09, Rol N° A 211-09, Rol N° A 327-09, Rol N° R 23-09, Rol N° 378-09, Rol N° A149-09, Rol N° C469-11, Rol N° C1529-11.

autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos;

c.- La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa). Se debe enfatizar en que el fin perseguido por una determinada actividad que el Estado haya creído necesario ejecutar, sólo puede poseer un carácter público.

En efecto, de estos criterios según la jurisprudencia, las “únicas diferencias que existen entre una entidad de derecho privado respecto de la que concurren los tres elementos mencionados y un órgano o servicio público son su forma de constitución, su aparataje jurídico (forma externa) y la titularidad de potestades público-administrativas (que sólo cabe a éstos últimos)”¹⁵⁷, tal como se previno en un acápite anterior.

Asimismo, tales criterios han sido confirmados por diferentes Cortes de Apelaciones en el país.¹⁵⁸ En este sentido, configurar elementos para distinguir

¹⁵⁷ Considerando 6° de decisión R 23-09 del CPLT.

¹⁵⁸ La Corte de Apelaciones de Santiago en fallo recaído en el reclamo de ilegalidad presentado por la Municipalidad de Ñuñoa, en contra de la decisión A242-09 señaló en el considerando "Que se encuentra reconocido en autos que la Corporación reclamante fue creada por un órgano público como lo es la Municipalidad de Ñuñoa, que por otra parte de la personería agregada a los autos aparece que su dirección corresponde precisamente al Alcalde, no obstante su derecho a delegar tal función como ocurre en la especie y, por último, la función que le es asignada es eminentemente pública, como lo es la operación y administración de servicios educacionales, a lo que se suma lo dispuesto en el artículo 15 del DFL 1-3063 en cuanto a que tales corporaciones son fiscalizadas por la Contraloría General de la República, lo que termina por demostrar que si bien se constituyen como personas jurídicas de derecho privado, el objetivo es sólo facilitar el ejercicio de una función administrativa y como tal sujeta a los mismos mecanismos de control y fiscalización que el órgano que las creó". Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunció sobre el reclamo de ilegalidad presentado por

cuándo la utilización por parte de la Administración de las técnicas de derecho privado debe ser regulada por el derecho público y cuándo por el derecho privado¹⁵⁹, sigue siendo una tarea de construcción doctrinaria y jurisprudencial muy sutil y perfectible. Aún se encuentra presente la colisión entre esta realidad que subyace al instrumento privado versus la necesidad de regular aspectos del mismo por el derecho público.

Así, para algunos, estas entidades controladas por la Administración o sus órganos, exceden, “el funcionalismo de las formas de personificación privadas¹⁶⁰”. Para otros, era el paso obligado y necesario que la Administración del Estado debía dar en el marco de la modernización estatal.¹⁶¹

la Municipalidad de Viña del Mar en contra de la decisión R23-09, señalando en el considerando 6° que aunque se trataba de una corporación de Derecho Privado debían considerarse organismos públicos porque han concurrido “...mayoritaria o exclusivamente órganos públicos en su creación; porque la integración de sus órganos de decisión, administración y control es efectuada por autoridades o funcionarios públicos y, por la naturaleza de las funciones que desempeñan”. La Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunció sobre el reclamo de ilegalidad presentado por la Municipalidad de Villa Alemana en contra de la decisión recaída en el amparo A194-09, señalando que el considerando 6° del fallo lo siguiente: “La excusa de la reclamante en orden a que mucha de la información solicitada corresponde proporcionarla a la Corporación de Desarrollo Social de Villa Alemana que es una corporación de derecho privado y la Ley de Transparencia no les es aplicable, cabe desestimarla por cuanto se trata de un organismo creado para el cumplimiento de una de las labores que debe desarrollar un municipio y, por lo tanto, como en su creación concurren órganos públicos y está integrada por funcionarios públicos tanto para aquellas funciones de toma de decisiones, como para su administración y control y considerando que realizan funciones destinadas al bien común, no cabe duda el carácter público de dichos organismos”.

¹⁵⁹ Aquí existe un doble análisis a efectuar, por un lado, se debe profundizar en los aspectos externos de dichas entidades, en sus relaciones con terceros y con su personal, ámbitos en los cuales van a actuar bajo un régimen de derecho privado. Por otra parte, en lo relativo a las relaciones entre la institución y su ente matriz, éstas no se van a limitar a lo que derive de su calidad privada de socio o miembro, sino que en, ciertos aspectos, de normas de derecho público. PIERRY ARRAU, Pedro. Cambios en la Estructura de la Administración del Estado. Revista Derecho Público N° 33-34, Santiago, 1983. p. 115.

¹⁶⁰ PIERRY ARRAU, Pedro. *Ibidem* p. 114 y ss.

¹⁶¹ OELCKERS CAMUS, Osvaldo. “Algunos aspectos esenciales en el proceso de Modernización de la Administración del Estado a fines del siglo XX”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII. Valparaíso, 1997.

La pregunta intrínseca a este fenómeno, es ¿hasta qué punto la instrumentalización del derecho privado por la Administración del Estado, constituye realmente una huida de ésta del derecho administrativo?; y desde una perspectiva objetiva, independientemente de la respuesta que este trabajo dilucide sobre la pregunta anterior y, a la luz de la evolución del panorama de la organización administrativa, ¿Hasta dónde es tolerable la huida del derecho Administrativo sin una afectación a las garantías resguardadas por el derecho público?.

A continuación se abordarán cada uno de los tres criterios esgrimidos para su mayor comprensión.

2.1. La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, o la iniciativa pública de creación.

En primer lugar, tiene que existir una necesidad efectiva que provoque la iniciativa pública de constituir e integrar estas entidades. Esta necesidad efectiva estará dada por la función pública-administrativa que cumpla el organismo, ya sea el Estado o sus entidades centralizadas o descentralizadas. Dicha iniciativa pública debe contar con un respaldo legal, es decir, ésta facultad de creación, debe manifestarse expresamente en la Constitución o en la ley, requisito que se desprende de la concurrencia mayoritaria o exclusiva de

organismos públicos en su creación y se comprende dentro de la noción de potestad organizatoria.

Para Schmidt-Assman, las formas jurídicas en las que se desenvuelve la Administración, en este caso, mediante técnicas instrumentales privadas como las corporaciones y fundaciones, “garantizan la capacidad de actuación de una determinada unidad organizativa con el fin e intervenir en el tráfico jurídico, así como su posición jurídica en relación con otras unidades de la Administración, [...]por ende la relación entre una función y una determinada organización deriva normalmente de una decisión política, expresada a través de una norma legal de atribución de competencias”¹⁶². Esta iniciativa política y pública de creación debe estar respaldada por una norma y ser el ejercicio, a su vez, de una potestad de organización administrativa, cuyo contenido y principales manifestaciones ayudarán a vislumbrar uno de los más problemáticos ítems en la realidad de las entidades privadas creadas por iniciativa pública, el cual radica en dicha libertad de creación de los OAE.

a. La potestad organizatoria.

i. Concepto

¹⁶²SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema; Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2003, p.262.

Toda organización, supone la creación de una estructura, la objetivización de sus funciones y de un aparato capaz de desempeñar eficazmente las tareas encomendadas. Esta formación de la organización produce modificaciones en el mundo del derecho, de tal modo, que sólo puede ser realizada en ejercicio de una potestad pública, denominada potestad organizatoria.

Para Santamaría Pastor, no se trata de una potestad con identidad material propia y contenido y contenido homogéneo, como sucede con la potestad expropiatoria o la sancionatoria. Este concepto más bien, tiene el carácter de finalista, que engloba bajo un solo rótulo todas las potestades públicas, normativas o no, en la medida que se ejercen con el objeto de crear, configurar, poner en marcha o modificar la estructura de las organizaciones¹⁶³. Es una potestad que se encuentra repartida en la Constitución, la ley y la potestad reglamentaria, y que, a su vez, contempla tres fases:

-Creación de la organización: Iniciativa del poder público competente para que una determinada necesidad colectiva sea asumida por una entidad pública.

-Establecimiento o configuración de la organización: Implica la determinación de la estructura orgánica interna de la organización, es decir, la

¹⁶³ SANTAMARÍA, Juan Alfonso. Ob. cit. p. 414.

composición, rango y modo de designación de sus órganos, la delimitación del ámbito funcional de la nueva organización, la atribución de potestades públicas para su preciso funcionamiento y la distribución de funciones y de potestades entre los diversos centros operativos de la organización.

- La puesta en marcha o funcionamiento de la organización.

De esta forma, se conceptualiza claramente como “aquella potestad pública que permite crear, modificar y extinguir organismos para cumplir la función administrativa y además, organizarlos y configurarlos, esto es, definir y modificar su estructura interna”.¹⁶⁴ Esta potestad, como poder público, se encuentra radicada en órganos públicos y se manifiesta en el ordenamiento jurídico tanto a nivel constitucional como legal.

ii. Regulación

Nuestra Constitución abarca la potestad organizatoria de dos formas, por una parte:

- i. Regula los principios bajo los cuales se moldea la organización administrativa, determinando el régimen de creación de órganos administrativos o de algunos de ellos.

¹⁶⁴ RAJEVIC, Enrique. 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. p. 173.

- ii. Establece directamente algunos organismos específicos, como aquellos denominados autónomos (Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, Banco Central, entre otros).

Así también configura en sus funciones básicas y directamente a organismos que derivan de divisiones territoriales que se definen por LOC (art. 110), como Gobiernos Regionales, gobernaciones y municipalidades y aquellos que el legislador pueda crear para atender áreas sectoriales determinadas, como los ministerios o los servicios públicos, todos los cuales para su creación requieren de una ley.

Por otro lado, la CPR también convoca a la ley para definir la organización de algunos órganos, como sucede en el caso de municipalidades, Gobiernos Regionales y ministerios, remite la organización de estas entidades a una ley común o a la LOC. Tratándose de servicios públicos, en cambio, se dispone que para la creación y supresión de servicios públicos y la determinación de sus atribuciones se exige una ley, de iniciativa exclusiva del Presidente, (art. 63 N°14 en relación con el art. 65 inc.4° n°2). Si se trata de organismos públicos que desarrollen actividades empresariales o participen en ellas debe utilizarse una ley de quórum calificado.

En cuanto a la organización de los servicios públicos, colabora en esta tarea la LOCBGAE, la que regula con carácter general la organización básica de la Administración del Estado¹⁶⁵. Además, cabe señalar que, en materia

¹⁶⁵ Interesante es destacar la labor del Tribunal Constitucional, al efectuar el control obligatorio de las leyes que han ido apoderando a los jefes de servicios para establecer la organización interna de los mismos. Este tribunal ha mantenido dos posturas:

- En una primera aproximación, el TC, ha estimado su rechazo por entender que sería inconstitucional deslegalizar esas materias que afectan la estructura interna de un servicio. En este sentido, Rajevic Mosler señala que “la estructura interna de un servicio público, como también las atribuciones de sus cargos o empleos, sólo pueden crearse por ley, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, lo que excluye la posibilidad que ellas sean establecidas por la autoridad superior de un servicio” [RAJEVIC, Enrique. La Potestad organizatoria en el Derecho Chileno: Teoría y Práctica. Ob. cit. p. 182]. Esta línea se mantuvo en el fallo de la Ley de Deporte sentencia Rol N° 219-2001, en la sentencia Rol N° 358-2002 respecto a la creación del Servicio del Adulto Mayor y en la sentencia Rol N°443-2005 que recaía en el proyecto que modificaba la Ley de Gobierno y Administración Regional.

- En una segunda aproximación, el TC, en el fallo sobre la Ley del Deporte Rol N° 2367-12-CPT, en su considerando 27° señala que: en el art. 33 inc. 2° de la CPR no se indica que sea materia de ley “crear” un Ministerio; no obstante, la misma CPR sí emplea esta expresión cuando se refiere a los servicios públicos (art. 65, inc. 4°, N° 2). Por lo demás, entrega a la ley el “crear nuevos servicios públicos” y “determinar sus funciones o atribuciones”, sin que haga mención de la organización del servicio.

No obstante, el TC realiza una interpretación sistemática de ambos preceptos, entendiendo que en el art. 33 inc. 2° se comprendería la atribución de crear los servicios públicos, pues no se puede organizar una entidad sin antes haberla creado, siendo la creación de un ministerio al igual que un servicio público, un acto legislativo. El TC a su vez, señala que el art. 65 inc. 4° n° 2, no se refiere a la organización, lo que llevó a la doctrina a entender que la creación de un servicio era un concepto amplio que la comprendía. Sin embargo, en el considerando 29° de dicha sentencia, se extrae que el hecho de crear un Ministerio, como era el caso, significa que un determinado sector del gobierno y de la administración pasa a estar a cargo de esta nueva entidad, para lo que se le asignan funciones y atribuciones y se le dota de recursos humanos, presupuestarios y de bienes. En consecuencia, es factible que la CPR distinga en varias disposiciones la organización de otros elementos, como las atribuciones, el funcionamiento, establecimiento de funciones, del procedimiento, de las plantas del personal, el estatuto del personal, y del presupuesto. La organización no tendría que ver con estos ítems, sino que tiene que ver con la estructura interna de la entidad, con las unidades que tiene y con la jerarquía de las mismas, con la forma en que se ordenan y se relacionan. Por ende, crear un OAE es más amplio que organizarlo, abarca más aspectos, como definir funciones y atribuciones, el régimen de recursos humanos, de bienes y presupuestarios. No obstante, habitualmente las leyes que crean los órganos, los organizan. En este sentido, el TC considera que es posible y lícito que la Administración pueda regular, mediante normas administrativas, algunos aspectos determinados en una ley. De esta forma, del fallo se desprende que la Constitución diseña un régimen que armoniza potestad legislativa con potestad reglamentaria, esto es lo que se traduce de una interpretación armónica entre los artículos citados de la carta fundamental, y de una interpretación sistemática por parte del TC.

organizatoria, existe una nutrida legislación específica por ministerios y servicios, siendo menester mencionar la importancia de la Ley de Presupuestos, toda vez que algunos de sus programas o glosas inciden directa o indirectamente en medidas organizatorias. Mediante este mecanismo se crean programas presupuestarios dentro de cada ministerio, los que no siempre coinciden con los organismos públicos de cada sector, entregando una mayor flexibilidad a los diversos sectores. Se crean así unidades funcionales y no servicios públicos. Es también mediante la Ley de Presupuestos que se fija la dotación máxima de personal permanente que puede designarse o contratarse en cada institución y que dista de lo programado en las plantas respectivas de las leyes orgánicas. Así, para Rajevic, la ley puede generar estructuras organizativas con elementos variables, de manera que la misma Administración pueda escoger la más eficaz¹⁶⁶.

Asimismo, el TC señala que la doctrina anteriormente citada tenía una mirada estricta de la reserva de ley, se miraba con desconfianza cualquier colaboración reglamentaria que el Presidente pudiera hacer en la materia. La actual posición, estima que en la medida que el reglamento no innove o adicione aspectos que el legislador no previó, si puede pormenorizar detalles. Entonces sólo en la medida que la regulación aborde derechos, la convocatoria que hace la ley al reglamento debe ser determinada y específica. Ver RAJEVIC MOSLER, Enrique. La Potestad organizatoria en el Derecho Chileno: Teoría y Práctica. Ob. cit. p. 182, y CARMONA SANTANDER, Carlos. Derecho Administrativo. Unidad III. La organización administrativa. Ob. cit., p. 99 y ss.

¹⁶⁶ En este sentido, para el profesor Rajevic Mosler “el dinamismo de la realidad aconseja que el legislador cree organizaciones flexibles, cuyas estructuras internas puedan ir adaptándose a nuevas necesidades sin que deba acudir permanentemente al congreso para modificarlas”. Es por ello que el legislador prevé vías de escape a la eventual rigidez que podría causar una relación detallada de las estructuras que sustentan a servicios y organismos administrativos, entre ellas se encuentra el ejercicio de la facultad de autoorganización. Entre algunos ejemplos, sostiene la flexibilidad en el número de Ministros, a saber, esto sostiene la Ley de Ministerios D.F.L. N° 7.912/1927, la cual permite que el Presidente encomiende a una misma persona más de un ministerio. Asimismo, se manifiesta una flexibilización en el número de Secretarios Regionales Ministeriales, flexibilidad a nivel municipal, mediante la creación de órganos y unidades que la LOC permita, así como también existe una mayor flexibilidad a nivel de

Respecto a la LOCBGAE, cabe señalar que este cuerpo legal reitera que la constitución de órganos creados para cumplir la función administrativa es materia de reserva de ley, y el art. 6° de la misma señala que:

“El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

Quedando, de esta forma, establecidos ciertos márgenes a la potestad de autoorganización de los OAE y la titularidad de poderes públicos. No obstante, al referirnos a este art. 6° como una norma dispuesta por una LOC, la excepción solo debería establecerse en una ley aprobada con ese quórum. En ese sentido, respecto a la existencia de una potestad organizatoria por parte de la Administración, en opinión del profesor Román Cordero, nuestra CPR “nada dice en términos de prohibir o autorizar a la Administración para crear, en términos amplios, tales corporaciones o fundaciones (o participar o tener participación en ellas)¹⁶⁷.

servicios públicos, lo cual se refleja en la facultad de los jefes de servicios para dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio (art.31 LOCBGAE). [RAJEVIC, Enrique. La Potestad organizatoria en el Derecho Chileno: Teoría y Práctica. Ob. cit. p. 180 y ss.]

¹⁶⁷ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. Cit. p.293.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia¹⁶⁸ y la doctrina, de modo excepcional y extraordinario, la ley ha podido autorizar a determinados organismos estatales para integrar o participar en entidades ajenas a la estructura estatal, con las condiciones y requisitos que en cada caso se prevean, lo que se comprende dentro de la iniciativa pública de creación. Para el autor citado, “la precisión sobre la existencia o no de una facultad general de la Administración para crear corporaciones o fundaciones de derecho privado, en tanto se encuentra comprendida dentro de la expresión “organización básica” de la Administración, que emplea el artículo 38, inciso 1º, de la Constitución, corresponde a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración”.¹⁶⁹ De este modo, el art. 6º de la LOCBGAE así lo dispone, y en diferentes ámbitos como el municipal, también se ha conferido dicha facultad (basta revisar el art. 118 inciso 6º de la CPR).

De este modo, los márgenes de esta facultad, están dados por la excepcionalidad de los casos, por lo que debiese interpretarse de manera restrictiva dicha habilitación, de forma tal que no pueda entenderse el ejercicio de funciones propias de un organismo estatal por parte de la entidad privada en que este participa.

Así lo ha resuelto, por lo demás, el Tribunal Constitucional en diferentes oportunidades; en el caso de la participación de las municipalidades en corporaciones o fundaciones de derecho privado, tal como se expresa en sus

¹⁶⁸ Ver Dictamen de Contraloría N° 20.241 de fecha 30 de abril de 2008.

¹⁶⁹ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. Cit. p. 295.

sentencias de 29 de febrero de 1988 (Rol N° 50¹⁷⁰), de 16 de marzo de 1992 (Rol N° 145) y de 02 de febrero de 1999 (Rol N° 284). Asimismo, dicho criterio también se ha confirmado en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, Rol N° 379 de fecha 01 de julio de 2003, recaída en el proyecto de ley que creaba el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes. Así, en el art. 41 de dicho proyecto se disponía:

"Autorízase al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes para integrar y en la constitución y financiamiento de una corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto principal será la promoción, fomento y gestión directa de actividades culturales a través de los grupos artísticos estables señalados en el inciso tercero, y que se regirá por las

¹⁷⁰Considerando 21º: Que el artículo 5º letra h) del proyecto remitido confiere a las municipalidades la atribución de "organizar en corporaciones y fundaciones de derecho privado sin fines de lucro, con el único objeto que puedan realizar cometidos relacionados con las materias a que se refiere el artículo 4º". Por su parte el artículo 4º establece las funciones que las municipalidades podrán desarrollar directamente o con otros órganos de la Administración del Estado.

Considerando 23º: Que esta facultad en los términos que se establece, importa otorgar a las municipalidades la atribución de trasladar funciones que le son propias, según el campo de acción que le ha fijado la constitución a entidades con personalidad jurídica distinta de ellas esta traslación de funciones y atribuciones, en principio, no es constitucionalmente aceptable, por cuanto la Carta Fundamental encarga a las "municipalidades" la realización de estas funciones públicas, determinadas en el proyecto dentro del marco constitucional de distribución de competencias que se le asignan a los distintos órganos del Estado.

Considerando 24º: Que, por otra parte, tampoco resulta constitucionalmente aconsejable la creación por las municipalidades de estas corporaciones de derecho privado, ya que estas podrían ser utilizadas como mecanismos para contravenir las limitaciones constitucionales que rigen la acción de los municipios, en materias tales, como por ejemplo, la contratación de empréstitos y la celebración de operaciones que puedan comprometer su crédito o su responsabilidad financiera (artículo 60, N°s. 7 y 8) o, en fin, para eludir las prohibiciones sobre endeudamiento con el Banco Central establecidas en el artículo 98 de la Constitución.

normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil y sus respectivos estatutos"

En esa oportunidad el TC, en sus considerandos 72^o a 74^o, estimó que el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, era un servicio público autónomo, descentralizado y territorialmente desconcentrado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará directamente con el Presidente de la República, por tanto en su calidad de servicio público, dicho Consejo forma parte de la Administración, estándole encomendado el realizar la función administrativa que le corresponde al Jefe de Estado, dentro del ámbito de competencia que el proyecto le asigna en conformidad con la Carta Fundamental. En ese sentido señala que "la atribución que el artículo 41 le confiere, implica autorizarlo para traspasar el ejercicio de funciones que son propias de la Administración del Estado, a entidades de derecho privado como es la corporación a que dicho precepto se refiere, lo que no le está permitido sin alterar la competencia que constitucionalmente le está asignada a los órganos que constituyen la Administración."

De esta forma, se desprende que la participación de los organismos estatales en entidades que no formen parte de su estructura, si bien ha sido prevista en diversas leyes, constituye una excepción, que no puede extenderse

ni en sus términos, ni en el alcance de dicha participación¹⁷¹ y debe en consecuencia exigir la existencia de un precepto legal habilitante.

La exigencia de precepto legal habilitante ha sido confirmada por la CGR en diversos dictámenes¹⁷². Así, el órgano contralor al pronunciarse sobre la participación del embajador de Chile en España en la persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, denominada "Fundación Chile-España",

¹⁷¹ De ahí que los mecanismos de control de este tipo de participación estatal en entidades privadas, sean importantes, tal cual lo constituye el inciso segundo del artículo 16 de la ley N°10.336.

¹⁷² Dictamen N° 26.817 de 2010: La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso al decreto N° 284 de 2010, del Ministerio de Justicia, mediante el cual se concede personalidad jurídica a la Fundación Instituto de Fomento de la Calidad Alimentaria, por cuanto no se ajusta a derecho.

Al respecto cabe indicar en primer lugar que la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia-, señala en el primer inciso de su artículo 6° que “el Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”.

En este sentido, la Contraloría General ha recalado que la disposición recién citada implica que debe existir una norma legal expresa que faculte al Estado a participar o tener representación en entidades como las indicadas precedentemente, tal como se precisó en el dictamen N° 38.416, de 2009.

Enseguida corresponde señalar que en los estatutos de la fundación a la que se le concede personalidad jurídica por el instrumento en análisis, se designa en su artículo séptimo al Ministro de Agricultura como integrante y presidente del consejo directivo que tiene a su cargo la dirección superior de dicha entidad.

Pues bien, en este caso no se advierte la norma legal que faculte al Ministro de Agricultura para integrar los órganos de administración de entidades de derecho privado como la que se examina.

Asimismo, esta Contraloría General ha indicado, mediante el dictamen N° 73.040, de 2009, que los ministros tienen el carácter de “autoridades de gobierno”, de manera que sólo pueden participar y tener representación en entidades que no formen parte de la Administración del Estado en virtud de una ley que los autorice, lo que, como ya se señaló, no aparece que ocurra en la especie.

señaló que no existe una ley que autorice al Ministerio de Relaciones Exteriores para intervenir en la entidad que se pretende formar¹⁷³. De este modo también se pronunció la CGR respecto al nombramiento del Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes como director del Centro Cultural Gabriela Mistral. En esa ocasión, el órgano contralor señaló que dicho nombramiento importa que la Administración tenga participación en una entidad privada, careciendo de autorización legal para ello¹⁷⁴.

¹⁷³ Dictamen N° 25.343 de 2011:

“En mérito de lo indicado, resulta improcedente que el Estado, a través de su embajador en España, participe válidamente en la aludida fundación, sin que exista la habilitación legal prevista en el precitado artículo 6° de la ley N° 18.575.

Considerando lo que se expresa en la presentación, es necesario precisar que no obsta a la conclusión anterior, la circunstancia de que el artículo 48 del señalado reglamento faculte a las misiones diplomáticas para aplicar la política exterior del país en los ámbitos que indica y tomar las iniciativas que para tal fin sean necesarias, toda vez que ello, en ningún caso, implica autorizarlas para participar en la constitución y tener representación en una persona jurídica de derecho privado, pues esta disposición nada establece en tal sentido.

[...] Asimismo, de admitirse la posibilidad que se sugiere en la consulta, en orden a que el embajador se incorpore, una vez que la fundación esté constituida, como “miembro honorario” invitado por sus integrantes y actuando en las condiciones que se señala, también se estaría contraviniendo el antedicho artículo 6° de la ley N° 18.575, al permitir la intervención del Estado en la mencionada persona jurídica, a través de esa autoridad, sin que exista una ley que lo faculte. A mayor abundamiento, confirma el criterio sustentado en el presente informe, lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 19.186, que autoriza al Estado de Chile para participar en la creación de la Fundación Empresarial Comunidad Europea-Chile. En tales condiciones y, conforme a lo expresado, no corresponde que el embajador de Chile en España participe en la entidad de derecho privado sobre que versa la consulta.”

¹⁷⁴ Dictamen N° 73.305 de 2010:

“Esta Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso al decreto N° 801, de 2010, del Ministerio de Justicia, que aprueba la reforma de los estatutos de la entidad denominada Corporación Centro Cultural Gabriela Mistral, en el sentido de modificar los cargos del consejo directivo que indica, por no ajustarse a derecho, puesto que en tal modificación aparece participando, como miembro del directorio de dicha entidad, el Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, tal como consta en la escritura pública acompañada al efecto.[...]

iii. Conflictos relevantes del ejercicio de la potestad organizatoria.

Nombradas las diversas formas mediante las cuales el legislador ha regulado y pretendido distender la rigidez de las organizaciones administrativas cabe atender al conflicto que genera la “apariencia de ausencia de límites precisos en la potestad organizatoria”.¹⁷⁵

En este sentido, el principal problema dogmático que ofrece la potestad de organización es el de su “ámbito legítimo o, lo que es igual, el de la

Es del caso agregar que los referidos estatutos, aprobados por el señalado decreto N° 2.014, establecieron que el órgano directivo de la citada corporación se integraría, entre otros, por ‘la Ministra Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes’, como asimismo, que todas aquellas personas designadas en la dirección de ella se nombrarían en atención al cargo que detentan y mientras ocupen éste, integración que es improcedente por los motivos ya expuestos.

Luego, mediante la reforma estatutaria, aprobada por el indicado decreto N° 3.767, atendida la necesidad de eliminar del directorio a la aludida autoridad, según se expresa en el respectivo instrumento, se sustituyó a esta última por ‘una persona vinculada al ámbito público o privado de reconocida trayectoria en el ámbito cultural y artístico’, designada por el directorio de la corporación.

Pues bien, tratándose del nombramiento dispuesto de acuerdo con la regla antes transcrita, que recayó en don Luciano Cruz-Coke Carvallo, efectuado, en concordancia con los referidos estatutos, en atención al cargo que éste ocupa y mientras dure en él, se está permitiendo la intervención del Estado en la señalada entidad, a través de la participación del Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, sin que exista una ley que lo faculte para ello, lo cual contraviene el citado artículo 6° de la Ley N° 18.575.

En tales condiciones y, conforme a lo expresado, no corresponde que el Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes participe en la persona jurídica de derecho privado denominada Corporación Centro Cultural Gabriela Mistral.

No obstante lo anterior y considerando que, tal como se ha expresado, en la modificación introducida a los estatutos de la citada corporación, aprobada mediante el decreto N° 3.767, de 2009, del Ministerio de Justicia, se omitió el trámite de toma de razón que correspondía, cumple este Organismo de Control con señalar que la antedicha reforma se ajusta a derecho, sin perjuicio de lo cual, es necesario precisar que la ‘persona vinculada al ámbito público’, a que ella se refiere y que debe integrar el directorio de la indicada corporación, no puede ser una autoridad o representante de un órgano de la Administración del Estado que carezca de autorización legal para participar en ese tipo de entidades”.

¹⁷⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. Ob. cit. p. 2.

capacidad para crear nuevas organizaciones, dotadas o no, a su vez, de capacidad jurídica plena, fundamentalmente en el plano del Derecho privado”.

Esta ausencia de cuestionamiento, relativo a la facultad y libertad de la Administración en cuestión, en la actualidad ha causado la proliferación de entidades jurídicas privadas que absorben actividades administrativas públicas, conllevando la correlativa confusión reinante en el terreno de la organización administrativa en cuanto a las formas y la capacidad jurídico-pública o jurídico-privada de las mismas. Para Parejo Alfonso, en España, la causa de esta extensión y confusión “proviene del favorecimiento decidido e, incluso, el franco abuso en los últimos años de las formas jurídico-privadas de organización, desde una utilización despreocupada y puramente instrumental de las mismas y, en todo caso, desprovista de toda referencia en un esquema general ordenador, sobre la base del predominio de la perspectiva propia de la política económica y, por tanto, de la lógica y las técnicas de la gestión «privada» o empresarial, inspiradas en la eficiencia”¹⁷⁶. A su vez, para dicho autor, si bien cabe continuar manteniendo el principio de la básica libertad de la Administración para elegir la forma de organización, y así lo ha creído también nuestra legislación y, por tanto, para efectuar la doble opción entre formas jurídico-públicas y jurídico-privadas, señala que “es preciso afirmar que dicha libertad no supone en modo alguno una ilimitada facultad para dotar a las organizaciones creadas de una capacidad jurídica y de obrar plenas, en el

¹⁷⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. La Potestad de autoorganización de la Administración Local. Revista de Documentación Administrativa (1958-2005). Número 228.p. 33.

sentido de equiparables a las que son propias de los sujetos del Derecho, es decir, de las personas naturales”¹⁷⁷.

De esta forma, para Parejo Alfonso, la discusión se reconduce a los criterios claves radicados en la personalidad jurídica y capacidad jurídica. En este sentido, para el autor, la personalidad de la Administración da a lugar a una capacidad jurídica que es necesariamente de derecho público, pues éste es el derecho que rige la Administración Pública y cuyo contenido está integrado por potestades-competencias atribuidas legalmente. A su vez, esta capacidad jurídica no está en la disposición de la propia Administración pues, debido a los márgenes que contempla el principio de legalidad, no incluye una potestad-competencia para su propia autodeterminación, y consecuentemente, ampliación. Por ende, la potestad organizatoria, como tal, no es libre, sólo ejercitable, en razón de su carácter como componente de la actividad administrativa, y tampoco incluye el poder de generar nuevas personalidades-capacidades que desborden la capacidad propia, por lo que se habla más bien de una capacidad parcial¹⁷⁸.

En consecuencia, de ello se deduce que, si las personas jurídico-privadas, en sentido estricto, tienen capacidad jurídica y de obrar plena, las

¹⁷⁷ *Ibíd*em p.37.

¹⁷⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. “La organización y el régimen jurídico de la administración en cuanto actuación administrativa. Una reflexión desde el derecho español”. Revista del CLAD. Reforma y Democracia N°4, 1995, Caracas. p. 26.

personas jurídico-públicas únicamente cuentan con esta “capacidad parcial”, la que está configurada por el conjunto de habilitaciones-mandatos de actuación de que sea destinataria. De ello mismo deriva que en el ejercicio de la potestad de autoorganización de una Administración, al crear una nueva organización, cualquiera sea su naturaleza, pública o privada, no pueda dotarla de una capacidad jurídica y de obrar más amplia que la poseída por la propia Administración matriz o de origen.

Entendido el concepto de potestad organizatoria, y del ejercicio de la facultad de autoorganización, en el ámbito de la Administración Pública como uno de carácter más limitado, es clave comprender, que en aplicación del principio de legalidad, cada vez que la administración estime pertinente la creación de una nueva entidad, debe hacerlo resguardada en una norma que lo faculte para tal efecto (precepto legal habilitante), y en la configuración de esta nueva entidad, no puede atribuirle una capacidad jurídica y de obrar más amplia que la que posee.

iv. Iniciativa pública de creación en nuestra legislación:

Casos.

Como se indicó, la iniciativa pública de constituir o integrar las entidades en estudio, debe contar con un precepto legal habilitante, y esta iniciativa se

refleja, a su vez, en la concurrencia mayoritaria o exclusiva de organismos públicos en la creación de una corporación o fundación de derecho privado.

A continuación se revisarán casos en los que existe dicha concurrencia mayoritaria o exclusiva de organismos públicos que autoriza la creación de estas entidades a organismos públicos y la respectiva participación de éstos en su constitución.

i. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por municipalidades: En el caso de la creación de corporaciones de desarrollo social por parte de las municipalidades, esta facultad fue concedida por el art. 12 del D.F.L. N° 1-3.063¹⁷⁹, de 1979, del Ministerio del Interior, las cuales fueron creadas con la finalidad de facilitar el desempeño de los municipios, cuando una serie de servicios públicos le fueron traspasados desde el nivel central de la Administración, como son la educación primaria y secundaria, la atención de salud primaria y en algunos casos la atención de menores en situación de riesgo social. Estas

¹⁷⁹Artículo 12.- Las Municipalidades que tomen a su cargo servicios de las áreas de educación, de salud o ART 26° de atención de menores, para los efectos de la administración y operación de ellos, podrán constituir, conforme a las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, con organizaciones de la comuna, interesadas en los servicios referidos, una o más personas jurídicas de derecho privado, o podrán entregar dicha administración y operación a personas jurídicas de derecho privado que no persigan fines de lucro. En los estatutos de las personas jurídicas que constituyan las Municipalidades deberá establecerse que la presidencia de ellas corresponderá al Alcalde respectivo, quien podrá delegarla en la persona que estime conveniente y que el número de directores no podrá ser superior a cinco. Todos estos cargos serán concejiles.

Autorízase a las Municipalidades que otorguen a la administración de los servicios referidos a personas jurídicas de derecho privado para entregarles en comodato los bienes inmuebles destinados a los servicios referidos, ya sean de propiedad de la Municipalidad o ésta los haya recibido, a su vez, en comodato para tales servicios.

corporaciones se rigen por un estatuto tipo, serán dirigidas por un Directorio que, según el art. 12 del mismo cuerpo legal, está presidido por el alcalde y compuesto por representantes de distintas organizaciones y sectores relevantes de cada comuna, quienes concurren a su creación, o conciertan la decisión pública de creación.

Nuestra actual Constitución señala en su art. 118 que la finalidad de municipalidades es “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”. Es decir, en principio debe existir una necesidad que provoque la iniciativa pública de constituir e integrar estas entidades, en particular, que la nueva entidad creada por la municipalidad vaya a cubrir. En ese sentido, con este fin se facultó a las municipalidades a “constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo” (art. 129 LOCM Ley N° 18.695, refundido por DFL N° 1 Ministerio del Interior). De tal forma, que dicha iniciativa pública cuenta con respaldo legal, lo que a su vez se manifiesta en la concurrencia mayoritaria o exclusiva de organismos públicos en su creación. Desde la entrada en vigencia de la ley N° 18.695 del 31 de marzo de 1981, los municipios ya no pudieron crear corporaciones en ámbito de salud, educación y desarrollo social, sino con los objetivos específicos de promover promoción y difusión del

arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo.

- ii. **CONAF:** El caso de la Corporación Nacional Forestal, es un claro ejemplo de la aplicación de este criterio, dicha entidad fue creada en 1972 por el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario, la Corporación de Fomento de la Producción y la Corporación de la Reforma Agraria.

- iii. **SERCOTEC:** En la creación del Servicio de Cooperación, concurren la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), el Gobierno de Chile y el Instituto de Asuntos Interamericanos en representación del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica.

- iv. **CIREN:** A su vez en la creación del Centro de Información de Recursos Naturales, concurren la CORFO y SERCOTEC.

- v. **INACAP:** Institución que se creó como filial de la CORFO y conformada por SERCOTEC.

- vi. **CIMM:** En el caso del Centro de Investigación Minera y Metalúrgica, este fue creado por la CORFO, ENAMI y COCHILCO¹⁸⁰.
- vii. **Fundaciones creadas por Universidades Estatales:** Como vimos en un acápite anterior, la Ley N° 19.168 del año 1992¹⁸¹, extendió a las Universidades Estatales, la facultad contenida en el actual artículo 55 del Estatuto de la Universidad de Chile, del D.F.L. 3 del de 10 de marzo de 2006, del Ministerio de Educación. En el caso de la Universidad de Chile, la facultad de creación ha permitido el surgimiento de variadas personas jurídicas de derecho privado, las que se pueden clasificar entre:
- 1) Entidades constituidas a nivel de Facultades, Institutos y Hospital Clínico U. de Chile: Entre las que se comprenden las diversas fundaciones constituidas por el Rector en representación de la Universidad.¹⁸²

¹⁸⁰ En el Dictamen N° 75.500 de fecha 20 de Octubre de 2013, la CGR reitera la jurisprudencia relativa a la naturaleza de CIMM, entre otros, en los dictámenes N°s 37.493, de 2010; 50.592, de 2011 y 17.962, de 2012, la cual es una corporación de derecho privado, regida por el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, que se constituyó por organismos estatales – la Corporación de Fomento de la Producción, la Empresa Nacional de Minería y la Corporación del Cobre, actual Comisión Chilena del Cobre-, ejerciendo las facultades otorgadas por el artículo 61 de la ley N° 12.434, y con el objeto de desarrollar la investigación, la creación y el desarrollo de técnicas y procesos dirigidos a perfeccionar las labores de extracción de minerales, en especial la metalurgia del cobre.

¹⁸¹ La Ley N° 19.168, publicada con fecha de 17 de Septiembre de 1992, señala lo siguiente:

"Artículo único.- Las Universidades de Tarapacá, Arturo Prat, Atacama, Valparaíso, el Bío-Bío, Magallanes e Instituto Profesional de Osorno gozarán de la facultad que la letra b) del artículo 49 del decreto con fuerza de ley N° 153, de 1981, del Ministerio de Educación, otorga a la Universidad de Chile.

La decisión de crear, participar, asociarse, incorporarse, retirarse, definir el monto de los aportes a las respectivas asociaciones, sociedades, corporaciones o fundaciones o aumento de ellos, se adoptará por la Junta Directiva, a proposición del Rector, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio."

¹⁸² Dentro de esta categoría se encuentran las siguientes fundaciones, según Facultad:

a) Facultad de Ciencias: i) Fundación Galileo, ii) Fundación María Ghilardi Venegas

2) Entidades constituidas a nivel central: Entre las que se encuentran fundaciones, corporaciones y sociedades anónimas¹⁸³.

Esta capacidad de constituir personas jurídicas privadas que colaboren en el desarrollo institucional surge como herramienta de gestión utilizada por las Universidades Estatales, con el afán de propender el desarrollo en sus ámbitos de acción en la enseñanza superior, la investigación y extensión principalmente.

-
- b) Facultad de Ciencias Sociales: Fundación Facultad de Ciencias Sociales
 - c) Facultad de Arquitectura y Urbanismo: Fundación Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile
 - d) Facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas: Fundación Centro de Desarrollo en Tecnología Farmacéutica (CEDETEF)
 - e) Facultad de Economía y Negocios: Fundación Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile
 - f) Facultad de Derecho: Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile
 - g) Facultad de Ciencias Agronómicas: Fundación Facultad de Ciencias Agronómicas
 - h) Facultad de Medicina: i) Fundación para Estudios Biomédicos Avanzados de la Medicina (FEBA), ii) Fundación Instituto Politécnico de la Universidad de Chile
 - i) Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas: i) Fundación para la Transferencia Tecnológica
 - j) Facultad de Artes: i) Fundación Isidora Zegers Montenegro - Facultad de Artes- Universidad de Chile
 - k) Facultad de Ciencias Forestales y de la Conservación de la Naturaleza: Fundación Bosques y Medio Ambiente.
 - l) Facultad de Ciencias Veterinarias y Pecuarias: Fundación Facultad de Ciencias Veterinarias y Pecuarias Universidad de Chile
 - m) Hospital Clínico de la Universidad de Chile: Fundación Hospital Clínico de la Universidad de Chile Dr. José Joaquín Aguirre. (disponible para consulta en línea <http://www.uchile.cl/portal/presentacion/informacion-publica/78472/institucionales-de-la-universidad-de-chile>).

¹⁸³ Dentro de esta categoría es posible encontrar:

- a) Fundaciones: i) Fundación Centro Nacional del Medio Ambiente (CENMA); ii) Fundación para la Administración y Desarrollo Tecnológico del Predio de la Universidad de Chile en el Valle Lo Aguirre (Fundación Valle Lo Aguirre); iii) Fundación Centro de Investigación y Desarrollo de Inteligencias, Talentos e Innovaciones Educativas.
- b) Corporaciones: i) Corporación Cultural de la Universidad de Chile, ii) Corporación RTU.
- c) Sociedades Anónimas: i) Editorial Universitaria S.A. y ii) Desarrollo y Gestión Universitaria S.A.

viii. **Red de Fundaciones de la Primera Dama:** Respecto a la creación de fundaciones, tales como Fundación Integra, Fundación de la Familia, Fundación PRODEMU, Chilenter, Artesanías de Chile, Orquestas Juveniles y Tiempos Nuevos, todas han sido creadas al alero de la iniciativa de la Primera Dama.

a. Fundación Nacional para el Desarrollo Integral del Menor, o Fundación Integra: denominada originalmente como Fundación Nacional de Ayuda a la Comunidad” fue creada en 1979 por doña Lucía Hiriart de Pinochet, y otras personas naturales, obteniendo su personalidad jurídica mediante D.S. N° 900/1979, del Ministerio de Justicia. A pesar de la calidad de personas naturales de quienes concurrieron a dicha fundación, siguiendo al CPLT¹⁸⁴, se puede estimar que existen diversos elementos que reflejan que las personas que concurrieron a la constitución, no lo hacen “como particulares que pretenden formar un cuerpo intermedio, sino que como personas que tienen el propósito de constituir un órgano de colaboración con el Gobierno en el área social, a propósito de sus vínculos con éste”. Lo anterior se desprende, por ejemplo, de los siguientes elementos:

“a) La sesión constitutiva fue presidida por la Primera Dama de ese entonces, invocando expresamente esta calidad, y se realizó en el Edificio Diego Portales, entonces sede de Gobierno;

¹⁸⁴ Decisión C-469-11, considerando 6º.

- b) Entre las cinco socias fundadoras se encuentran la “primera dama de la Nación”, la cónyuge del entonces Ministro del Interior y la cónyuge de otro integrante del Ejército, que había sido Intendente de Antofagasta y que luego lo sería de la Región Metropolitana.
- c) La estructura de los estatutos está evidentemente ligada con el régimen de gobierno interior y sus autoridades, pues conforme a él, las cónyuges de las autoridades dirigen la Fundación.
- d) Las dos actas extraordinarias de reforma acompañadas señalan que la sesión se realiza en la oficina del Gabinete de la esposa del Presidente de la República, ubicadas en el Palacio de La Moneda¹⁸⁵.
- e) Los estatutos atribuyen al Presidente la facultad de designar al Presidente del Consejo Nacional, pues es el cónyuge del Presidente de la República “o la persona que éste designe”, de manera que el Presidente define, en definitiva, quien dirige esta Fundación.”

De estos criterios se desprende que, a pesar de que las personas que concurren a la constitución de esta fundación no detentaban cargo

¹⁸⁵ Este considerando da como ejemplo la designación de autoridades a nivel regional, provincial y comunal: “Así, tal como la primera dama preside la organización, existían comités regionales dirigidos por “...la cónyuge del Intendente Regional respectivo o por la persona que la Presidenta del Consejo Nacional designe...” (art. 21°), quienes serían las “Vicepresidentas Regionales”, y comités provinciales a cargo de la cónyuge del Gobernador de la provincia o la persona que la Vicepresidenta Regional designase -a propuesta del Gobernador- (art. 25°), quienes serían “Vicepresidentas Provinciales”. Por último, habían oficinas comunales (art. 28°) a cargo de las cónyuges de los Alcaldes o, a falta de ésta, por la persona que el Consejo Nacional, a propuesta del Alcalde, designase. Puede advertirse que más que unos estatutos privados pareciera tratarse de la Ley Orgánica de un servicio público, que otorga potestades para nombrar o proponer personas a autoridades públicas.”

alguno en la Administración Pública, es decir, no integran el escalafón administrativo, su actuación no la efectúan como particulares en ejercicio de su libertad de asociación, sino que mediando en plenitud una decisión pública arrogada por el vínculo que los une con la función pública que el gobierno regente les ha entregado.

b. Fundación de la Familia: En el caso de esta fundación aprobada por Decreto N° 735 que concede la personalidad jurídica, publicado con fecha de 28 de mayo de 1990, esta entidad fue constituida por la Primera Dama doña Leonor Oyarzún de Aylwin. El CPLT¹⁸⁶ con motivo de la reclamación de información a la Fundación de la Familia relativa al Programa "Elige Vivir Sano", aplica el mismo criterio esgrimido en el decisión previamente citada, que si bien no se observa que concurren órganos públicos a su constitución la fundadora de la misma es la cónyuge de quien entonces era el Presidente de la República, teniendo, la calidad de Presidenta del Directorio y el derecho de designar a sus integrantes¹⁸⁷. Por lo demás, la misma presentación de la institución en la página de la Primera Dama

¹⁸⁶ Decisión Amparo Rol C1529-11 considerando 3º.

¹⁸⁷ Asimismo en reforma a los Estatutos mediante las sesiones de Directorio celebradas el 2 de febrero de 1994 y el 19 de abril de 2005, la primera presidida por la fundadora y la segunda, por la cónyuge del entonces Presidente de la República (don Ricardo Lagos E.), quedando de manifiesto claramente la intervención de las cónyuges de los Presidentes, lo que equivaldría a la intervención de un órgano público. En consecuencia, en el texto de la reforma de 1994 se modifica el artículo décimo estableciendo que la Presidente de la Fundación será, por derecho propio, la "cónyuge del señor Presidente de la República", o la persona que éste designe. En la reforma de 2005 se precisa que el/la Presidente/a del Directorio y la Fundación es el/la cónyuge del/la Presidente/a de la República, o la persona que éste designe.

corresponde a las entidades en que la Presidencia de la República tenga participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica, conforme ordena el art. 7° m) de la Ley de Transparencia.

Este último criterio ha sido ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que, conociendo de reclamos de ilegalidad interpuestos en contra las decisiones previamente señaladas, se ha pronunciado en el mismo sentido. En tal sentido se ha articulado la sentencia dictada el 1° de abril de 2013, en causa Rol N° 6569-2011, caratulada “Fundación Integra con Consejo para la Transparencia”, en relación con la decisión Rol C469-11. A saber en dicha oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago señala lo siguiente:

“5°. Que de acuerdo a los antecedentes reunidos se encuentra reconocido en autos, que Fundación Integra es una corporación de derecho privado instrumental, creada por el ente público en 1979 para coadyuvar en el cumplimiento de una función pública, que se rige por las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, por sus propios estatutos y, en cuanto a las relaciones laborales, por el Código del Trabajo, cuyo objeto es contribuir a la superación de las desigualdades en nuestro país con la implementación de un proyecto nacional dirigido a niños de

escasos recursos, menores de seis años, que favorezca su desarrollo intelectual, emocional, social y nutricional permitiéndosele superar la desventaja con la que acceden a la educación básica, contribuyendo a solucionar el problema de su cuidado la que se encuentra dirigida en su mayoría por funcionarios 5 a 7 miembros del Consejo Nacional están compuestos por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos y que su financiamiento en un 95% proviene de la Ley de Presupuesto del Sector Público”.

Asimismo, la sentencia dictada el 9 de abril de 2013 en la misma sede judicial, en causa Rol N° 4679-2012, caratulada “Fundación de La Familia con Consejo para la Transparencia, señala que En dicha causa la Corte de Apelaciones de Santiago señala en su considerando 9° lo siguiente:

“Que, de los antecedentes de autos, resulta que en la Fundación de la familia, reclamante de autos, existe una concurrencia mayoritaria de órganos públicos en su creación. Sus órganos de decisión, administración y control se componen por autoridades o funcionarios públicos o personas que han sido designadas por éstos, la que ejecuta una función cuya naturaleza, objeto y propósito, son públicos. Recibe financiamiento a través del Servicio Nacional de la Mujer, asignándosele una partida en la Ley

de Presupuesto. Finalmente, constituye un órgano creado para coadyuvar con el gobierno en la concreción de políticas sociales, lo que se advierte al revisar su sitio web (www.fundacióndelafamilia.cl)”.

c. Fundación para la Promoción y Desarrollo de la Mujer (PRODEMU): Según Rol C552-13, de fecha 03 julio de 2013, se aplicaron los criterios reseñados en los dictámenes anteriores. Esta organización fue constituida el 11 de mayo de 1992 por doña Leonor Oyarzún de Aylwin, obteniendo su personalidad jurídica mediante el D.S. N° 721, de 4 de junio de 1992, del Ministerio de Justicia. La Primera Dama de ese entonces, según el artículo 7° de los estatutos, detentaba la calidad de Presidenta del Directorio, entendiéndose clave la intervención de las cónyuges de los Presidentes en la creación y posterior modificación de los estatutos, pues dicho cargo también sería detentado por doña Luisa Durán de Lagos en el año 2005, en la primera modificación de estatutos de la entidad el 12 de mayo de 2005, lo que equivale a la intervención de un órgano público. Asimismo la entidad se entiende perteneciente a la Red de Fundaciones de la Primera Dama, admitiéndose en el sitio web de esta Fundación, que se trata de una “...fundación de derecho privado sin fines de lucro que forma parte del Gabinete de la Primera Dama, señora Cecilia Morel Montes”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Información disponible en línea <http://www.prodemu.cl/>.

d. Fundación de Todo Chile Enter: En esta fundación creada por D.S. N° 869 y publicado el 18 de octubre de 2002, comparecen a la constitución de la Fundación, en su calidad de Primera Dama doña Luisa Durán, doña Nuria Virginia Nuñez Rius, en representación de Fundación de la Familia, y don Enrique Kaftanski en representación de la Corporación de Derecho Privado Ciudadanos en Acción¹⁸⁹, se aplica el idéntico criterio. Situación similar es la ocurrida con la Fundación Artesanías de Chile cuya personalidad jurídica fue concedida por el D.S. N° 870, publicado el 25 de septiembre de 2002, y quien concurre a su creación es la Primera Dama doña Luisa Durán¹⁹⁰.

e. Fundación Nacional de Orquestas Juveniles e Infantiles de Chile creada por D.S. N° 16 publicado con fecha de 09 de enero de 2001, y encabezada por la primera dama doña Luisa Duran junto a destacados artistas nacionales se encuadra dentro de las fundaciones perteneciente a la Red de la Primera Dama¹⁹¹. De igual manera la Fundación de Tiempos Nuevos, cuya personalidad jurídica fue concedida por D.S. N° 905,

¹⁸⁹ Visto en <http://transparencia.chilenter.com/documentos/EstatutosChilenter.pdf> (consultado con fecha de 10 de marzo de 2014).

¹⁹⁰ Visto en http://artesaniasdechile.cl/transparencia/images/trans/1_1_Decreto_Min_Justicia.pdf (consultado con fecha de 10 de marzo de 2014).

¹⁹¹ Estatutos consultados en <http://www.foji.cl/transparencia/MarcoNormativo/Estatutos%20Foji.pdf> (vistos en línea con fecha de 11 de marzo de 2014).

publicado con fecha 13 de julio de 1994 en el Diario Oficial, creada por la primera dama doña Marta Larraechea Bolívar.¹⁹²

En los casos de Chilenter, Artesanías de Chile, Orquestas Juveniles y Tiempos Nuevos, el CPLT no se ha pronunciado en decisiones motivadas por amparos o solicitudes de información.

- ix. **Otras entidades análogas**, para el caso de la Corporación Centro Cultural Gabriela Mistral, entidad de derecho privado sin fines de lucro, concurren en su constitución, realizada el 11 de diciembre de 2008 representantes de diversas instituciones, incluyendo a la Universidad de Chile, Universidad de Concepción, Orquestas Juveniles e Infantiles de Chile, Corporación Cultural de la I. Municipalidad de Santiago, Corporación Cultural de la Estación Mapocho, Fundación Festival Teatro A Mil, Fundación Centro Cultural Palacio de la Moneda, Corporación de Amigos del Teatro Regional del Maule, Colegio de Profesionales de Danza Chile A.G., el Sindicato Interempresas de Actores de Chile y la Ministra de Cultura de ese entonces, Paulina Urrutia.¹⁹³

¹⁹²Vistos en <http://transparencia.mim.cl/01-Marconormativo/Marconormativoaplicable/Estatutos%2017051994.pdf>, (disponible para consulta en línea).

¹⁹³ Visto en <http://www.gam.cl/> (consultado en línea con fecha de 18 de Agosto de 2014)

Como es posible apreciar, en las entidades nombradas concurre este primer criterio que define a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública. Existe una necesidad efectiva derivada de la función público-administrativa que cumplen todos los organismos mencionados, ya sea el Estado o sus entidades centralizadas o descentralizadas, o autónomas.

Dicha iniciativa pública cuenta generalmente con el respaldo legal adecuado, que permite la concurrencia mayoritaria o exclusiva de organismos públicos en su creación en ejercicio de la potestad organizatoria. A su vez, el desenvolvimiento de esta potestad en el ámbito nacional aun no es revisado con la mirada crítica de los autores españoles, los cuales se expresan con inquietante recelo ante la expresión de una potestad de autorganización que puede configurar entidades cuya capacidad jurídica y de obrar escape de los márgenes de actuación del ente matriz. Esta es una realidad presente en el actual panorama organizativo chileno, pues la utilización de estas técnicas instrumentales de organización no ha sido estudiada ni menos regulada en nuestro sistema administrativo, y cuyas consecuencias revisaremos en el próximo capítulo.

2.2. La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos.

En segundo lugar, es relevante distinguir si el Estado tiene un control real sobre la organización y sobre el funcionamiento de la entidad que crea, de modo que se pueda diferenciar de aquellas en que sólo participa a través de algún representante del sector público en el directorio, pero sin el control total. Es importante que la participación o representación en los directorios que el Estado o sus instituciones tengan, sea en forma igualitaria o mayoritaria, en contraste con los particulares. Es decir, se trata de instituciones controladas y dirigidas por el Estado en su funcionamiento y que expresan y concretizan los programas de gobierno y los cometidos señalados en la Constitución y las leyes.

- i. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por municipalidades:** En el caso de las corporaciones municipales, se ha aplicado el mismo criterio refrendado en variadas oportunidades por las Cortes de Apelaciones, a saber, deben ser entidades creadas y “controladas” por organismos públicos y, asimismo, debe mediar una relación de instrumentalidad que motive su existencia al ser creadas para el cumplimiento de funciones administrativas. En este sentido, claro es

que la integración de sus órganos de decisión, administración y control se encuentra compuesta por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos, tal como ocurre también actualmente con numerosos programas presupuestarios que lleva a cabo también la Administración¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Este criterio se plasmó en las decisiones del amparo rol A211-09, de 11 de septiembre de 2009, contra la Corporación Municipal de Salud de Peñalolén; reclamo rol R23-09, dictada el de 9 de octubre de 2009, contra la Corporación Municipal Viña del Mar para el Desarrollo Social; amparo rol A242-09, de 24 de noviembre de 2009, contra la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa; amparo rol A327-09, de 6 de noviembre de 2009, contra la Corporación Municipal de San Miguel; y, amparo rol C115-10, de 2 de julio de 2010, en contra de la Corporación de Desarrollo Social de Buin. Este es el criterio expuesto ratificado por las sentencias dictadas por la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en los reclamos de ilegalidad Roles N° 2.361-2009, caratulada “Corporación Municipal de Viña del Mar con Consejo para la Transparencia”, y N° 294-2010, caratulada “Corporación Municipal de Villa Alemana con Consejo para la Transparencia”, de 14 y 30 de junio respectivamente, a través de los cuales rechazó tales reclamos interpuestos por las corporaciones indicadas, en contra de las decisiones de los amparos R23-09, de 9 de octubre de 2009, y A194-09, de 17 de noviembre de 2009, respectivamente.

También se desprende idéntico criterio en decisión C254-2010, en ella la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en forma unánime en fallo Rol 395-2010, rechazó el Reclamo de Ilegalidad deducido por la Corporación Municipal de Educación y Servicios de Dalcahue en contra de la decisión de [Reclamo N° C254-10](#), del Consejo para la Transparencia que había dispuesto que este organismo debía dar cumplimiento a las normas de transparencia activa señaladas en la Ley N° 20.285 y a la Instrucción General N° 4 del CPLT. Este fallo señala el tribunal superior en sus considerando 7°: “En efecto, de toda la normativa a que se ha hecho referencia en las numerales precedentes, resulta que las Corporaciones fueron creadas por un órgano de la Administración del Estado, la Municipalidad, que su finalidad es la administración y operación de los servicios en el área de educación y de salud municipal, que se encuentra bajo supervisión del Ministerio de Educación, Ministerio de Salud y Contraloría General de la República. Que, igualmente, la dirección, decisión, control y administración, está entregada a un Directorio, que forman el Alcalde, quien lo preside, y los Concejales, en calidad de Directores y, por último, su patrimonio proviene de fondos fiscales, entregados para el fin que fue creada”. A su vez, importante es citar la aplicación de la jurisprudencia emanada del CPLT por parte de la Corte de Apelaciones:

Considerando 8°: Que, con lo que se viene señalando, y no obstante la alegación del recurrente en cuanto a que las Corporaciones Municipales son constituidas bajo las normas del derecho civil y que variadas normas del derecho privado le son aplicables, ello no desvirtúa el carácter de organismo que integra la Administración del Estado, de conformidad al inciso 2 del artículo 1 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículo 2 de Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Privada.

En la mayoría de estos casos las corporaciones municipales son integradas en sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o por personas nombradas por éstos. En efecto, generalmente en los estatutos de la corporación se dispone que:

“La corporación será administrada por un Directorio compuesto por cuatro miembros cuyos cargos serán concejiles, además del presidente, que será el respectivo Alcalde, quien ejercerá sus funciones por sí mismo o por intermedio de la persona que él estime conveniente, siguiendo las exigencias del ya citado art. 12 del D.F.L. N° 1-3.063, de 1979. Dos de los Directores, conforme los Estatutos, son elegidos por el Alcalde, con lo que la mayoría del Directorio es controlada por éste sin perjuicio de las amplias facultades de gestión que le reconoce el mismo texto al Presidente (especialmente en su artículo 23)”¹⁹⁵

Que, en consecuencia, la Corporación Municipal Educación Ramón Freire de Dalcahue, reviste el carácter de pública, sometida a las normas de la Ley N° 20.285, de acuerdo al artículo 2 como “órgano y servicios público creado para el cumplimiento de la función administrativa”, y, por tanto, debe proporcionar la información requerida, toda vez que la resolución que resuelve el Amparo rol C-254-10, de fecha 6 de julio 2010, dictada por el Consejo para la Transparencia, se ajusta a Derecho, por lo que se rechazará el presente reclamo de ilegalidad interpuesto por la aludida Corporación.

¹⁹⁵ Ver decisiones del Consejo para la Transparencia Rol N° A 242-2009, Rol N° A 211-2009, Rol N° A 327-2009, Rol N° R 23-2009, Rol N° 378-2009, Rol N° C 254-2010, Rol N° C95-2010, Rol N° C 667-2010, Rol N° C814-2010, Rol N° C740-2010, Rol N° C 480-2011 Rol N° C 115-2011, Rol N° C 469-2011, Rol N° C 903 -2011, Rol N° C913-2011, Rol N° C 830-2011, Rol N° C1529-2011, Rol N° C 75-2012, Rol N° C305-2012, Rol N° C 276-2012, Rol N° C166- 2012, Rol N° C 608-2012, Rol N° C250-2013, Rol N° C470-2013, Rol N° C552-2013.

- ii. Red de Fundaciones de la Primera Dama:** Dichas fundaciones, son personas jurídicas sin fines de lucro, en cuyos estatutos se establece que la Presidenta del Directorio es la cónyuge del Presidente de la República, o la persona que éste designe, a saber, así se encuentran regulada en cuanto a su administración y dirección: Fundación Integra, Fundación de la Familia, Fundación PRODEMU, Chilenter, Artesanías de Chile, Prodemu, Orquestas juveniles y Tiempos Nuevos.
- iii. CONAF:** Por otra parte, esta corporación establece en el artículo 9° de sus estatutos que “La determinación de las políticas generales de acción de la Corporación corresponderá a un Consejo Directivo compuesto por: a) El Ministro de Agricultura; b) El Director Ejecutivo de la Corporación Nacional Forestal; c) Dos representantes de la Corporación de Fomento de la Producción, designados por su Vicepresidente; d) El Director Nacional del Servicio Agrícola y Ganadero; e) El Director Nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario; f) Dos representantes del sector privado, designados por el Ministro de Agricultura; g) Un representante de los trabajadores de la Corporación, elegido en votación directa por éstos, conforme a un reglamento de elecciones aprobado por el Consejo¹⁹⁶.

¹⁹⁶ En la actualidad dicho Consejo, en cumplimiento de los Estatutos, se encuentra constituido por: a) Presidente: Ministro de Agricultura; como integrantes permanentes: b) Ministra del Medio Ambiente; c) Director Ejecutivo de CONAF d) Director Nacional de SAG, e) Director Nacional de INDAP, f) Representante de CORFO, g) Representante Sector Privado Agrícola, h) Representante Sector Privado Agrícola, i) Representante Trabajadores CONAF (disponible en <http://www.conaf.cl/quienes-somos/organizacion/>).

- iv. **SERCOTEC:** La administración y dirección de SERCOTEC, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º de sus estatutos, está a cargo de un directorio compuesto por un presidente, que es nombrado por el Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción, y seis directores designados por esta última entidad pública.

- v. **CIREN:** Por su parte, es dirigida y administrada, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 5º de sus estatutos, por un consejo directivo conformado por cinco miembros, tres de los cuales son designados por el Ministro de Agricultura y dos, por el Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción.¹⁹⁷

- vi. **Otras entidades análogas:** Asimismo, podemos mencionar el caso del Centro Cultural Palacio La Moneda, esta entidad es una fundación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto es el desarrollo, estudio, difusión, fomento y conservación de todas las manifestaciones del arte, la cultura y la educación. El directorio de esta entidad se encuentra compuesto por nueve miembros que son los siguientes: Ministro(a) de Cultura; Director (a) de Asuntos Culturales del Ministerio de Relaciones

¹⁹⁷Dictamen emitido por Contraloría, disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset> (consultado el día 24 de marzo de 2014).

Exteriores; Sub director(a) de museos de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos; un miembro del directorio de la Corporación Patrimonio Cultural de Chile; un miembro de la Fundación Chilena Imágenes en Movimiento; el Presidente del Banco del Estado de Chile y tres personas destacadas del mundo de la cultura en Chile designadas por el Ministro de Cultura¹⁹⁸.

Estos son algunos ejemplos de la manifestación del control y administración del Estado dentro de las corporaciones y fundaciones de derecho privado y por ende de su injerencia en la dirección de dichas instituciones.

2.3. La naturaleza de las funciones que desempeñan o el cumplimiento de funciones administrativas.

Por otra parte, se debe atender, al elemento teleológico, es decir, al fin para el cual estos entes son creados, fines que deben ser los propios del

¹⁹⁸ Disponible en línea en <http://www.ccplm.cl/sitio/la-fundacion>. Respecto al caso del Centro Cultural Estación Mapocho se encuentra a cargo de la Corporación Cultural de la Estación Mapocho. Esta es una institución de derecho privado sin fines de lucro constituida en febrero de 1991, cuya administración y financiamiento se encuentra completamente autogestionado por la misma corporación. A su vez, en la actualidad su directorio se encuentra constituido por los siguientes miembros: Ministro de Educación – Presidente: María Carolina Schmidt Zaldívar. Alcaldesa de Santiago – Vicepresidente: Carolina Tohá Morales. Directora Ejecutiva del Museo Interactivo Mirador Consuelo Valdés Chadwick. Director Corporación Cultural de Santiago: Andrés Rodríguez Pérez. Presidente Fundación Pablo Neruda: Juan Agustín Figueroa Yávar. Presidente Fundación Premio Nobel Gabriela Mistral: Jaime Quezada Ruiz. Vicerrectora de Extensión U. de Chile: Sonia Montecino Aguirre. Ver en línea <http://www.estacionmapocho.cl/>.

órgano creador. Dado que estas entidades son creadas por iniciativa pública, y que ejercen una función administrativa, nada obsta a que también pueda ser analizada su pertenencia a la estructura administrativa desde esta perspectiva subjetiva, o sea, por la función o actividad que ejercen. Este ha sido el criterio que ha utilizado la doctrina y jurisprudencia administrativa, emitida por Contraloría y por el CPLT principalmente, para aplicar a las corporaciones y fundaciones de derecho privado el derecho administrativo, esencialmente, en lo relativo a los controles jurídicos y presupuestarios y, en general, a toda forma control al que deban ser sometidos.

a. Concepto de función administrativa.

Configurar un concepto de función administrativa o sus elementos principales, se encuentra determinado ante todo por su relación inmanente con el poder Estatal, en cuanto es materialmente una forma de su manifestación. Por ende, distinguir entre las funciones intrínsecamente ligadas a la actividad estatal, como lo son la función administrativa y la función de gobierno es complicado. A su vez, aclarar este concepto, o sus elementos principales, es fundamental para entender cuándo una corporación o fundación de derecho privado debe considerarse como órgano integrante de la Administración del Estado por haber sido creado para el cumplimiento de “funciones administrativas”, tal cual lo deja en manifiesto la normativa analizada.

En principio, la doctrina ha señalado que la función administrativa se distingue de la función de gobierno en virtud de su carácter prestacional, reglado y de ejecución de normas legales, considerándose que “la función administrativa consiste en la ejecución de los cometidos estatales, esto es, uno público [...], el criterio imperante -para caracterizar en el texto constitucional al gobierno y a la Administración- había sido el de considerar que la función de gobierno implica la potestad de tomar decisión y es por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tienda a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa, siendo una de sus características la de poder adoptar resoluciones discrecionales. A su turno, la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”¹⁹⁹

Este contenido de la función administrativa está directamente relacionado con el modelo de Estado definido por el Constituyente. Por ende, la evolución del Estado liberal a un Estado social-prestacional, también hizo transitar la función administrativa de una “actividad meramente ejecutiva de la ley, vinculada fundamentalmente a la conservación del orden público y la seguridad interior y exterior de la república a la prestación de servicios públicos y

¹⁹⁹ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. El concepto de Derecho administrativo, Manual Jurídico N° 106, Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 126.

posteriormente, en la actividad orientada por la preocupación por la existencia vital de las personas”.²⁰⁰

De esta forma, la Administración Pública en el Estado de Bienestar cumple funciones administrativas a través de técnicas e instrumentos jurídicos diferentes, haciéndose cargo de las críticas de ineficiencia e ineficacia y asumiendo la administración una mayor heterogeneidad de posiciones jurídicas con respecto a la ciudadanía. En este sentido, esta nueva perspectiva del Estado dota de nuevos fines o intereses generales al cumplimiento de la función administrativa.

Para Daniel Argandoña “hay, pues, en el Estado, una función administrativa radicada en órganos estructurados para cumplirla, y todo ello se comprende en la administración estatal o- si se quiere- pública [...] La función administrativa es, entonces, una de las manifestaciones del poder del Estado y por eso es una actividad ordenada a un fin público, que consiste en realizar y satisfacer concretamente las prestaciones y necesidades requeridas por la comunidad, para lo cual el orden público dota a los órganos que la ejercen de potestades que le permiten imponerse sobre los intereses privados”²⁰¹.

Esta noción se vuelve a modificar, a través de las ideas que subyacen en la nueva normativa legal y constitucional que rige la Administración del Estado. Así la CPR de 1980, dispone en el 3° inc. art. 1° de la CPR: “El Estado

²⁰⁰ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. El Derecho Administrativo, Concepto, características, sistematización, prospección. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 64 y ss.

²⁰¹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. cit. p. 17-22.

está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.

Por lo demás, las reformas introducidas a los cuerpos normativos, específicamente, a la LOCBGAE, por la Ley N° 19.097, dan a entender en su art. 3° inc. 1° que la función administrativa “comprende el deber del servicio a la persona humana y de bien común impuesto por la Constitución y expresados en las finalidades de servicio público y de fomento del desarrollo “nacional, regional y comunal”²⁰², y así lo señala el precepto citado:

Artículo 3°, inciso 1°. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

Mediante esta reforma se le ha otorgado un contenido material más amplio a la noción de función administrativa, que si bien siguió “vinculada a

²⁰²PANTOJA BAUZA, Rolando. Tratado de Derecho Administrativo V. 1. Editorial AbeledoPerrot. Santiago, 2010. p. 295.

aplicación de las normas legales, la relación con objetivos generales del poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”²⁰³. En este sentido, las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública ejercen funciones públicas- administrativas cuando la naturaleza de las funciones que desempeñan se pueda comprender dentro de esta noción o esté en línea con el contenido material antes referido, cuya finalidad principal es, como se ha señalado, la consecución del bien común.

La misma jurisprudencia sentada por el CLPT señala y confirma que “son los propios órganos o servicios públicos integrantes de la Administración los que han decidido la creación de estos entes y, como reconoce la propia Constitución en su art. 1º, la actuación de éstos es por esencia finalista y debe propender al bien común, sin ser posible que concurran a su conformación con un propósito distinto. Es decir, si la creación de dichos entes de naturaleza privada no tiene por finalidad promover al bien común, la actuación de los órganos públicos que los constituyeron carece de fundamento y adolecería del vicio de nulidad, por no someter su acción a las normas establecidas en la Constitución”.²⁰⁴

²⁰³ FERRADA, Juan Carlos. La Administración Pública en la estructura de poder del Estado: Algunas reflexiones iniciales”. Ob. cit. p. 19.

²⁰⁴ Ver Decisión R-23-2009.

3. Resumen.

En síntesis, las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, entidades comprendidas dentro de la Administración Paraestatal, constituyen, una manifestación de técnica organizativa de naturaleza privada, que, no obstante su naturaleza jurídica, son órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, cuyas características se recapitulan:

- Las Corporaciones y Fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública cumplen un rol de operadores de la actividad administrativa, siendo parte de la Administración Invisible, sector que comprende principalmente formas empresariales, societarias, corporaciones y fundaciones de derecho privado que realizan actividades de interés general, conformadas por el Estado mismo o por una persona jurídica de derecho público, para ayudar en la función administrativa.
- Son entidades de naturaleza jurídica- privada creadas por iniciativa pública, sin fines de lucro, constituidas para el cumplimiento de una función administrativa. En consecuencia, son aquellas en que el Estado o sus instituciones tienen participación mayoritaria o igualitaria, o

dirigidas e integradas por éstas a través de sus representantes. Se comprenden dentro del art. 2º de la Ley 18.575 “como órganos y servicios públicos creados para el ejercicio de la función administrativa”. Se trata de Instituciones creadas por iniciativa pública, controladas y dirigidas por el Estado en su funcionamiento y que expresan y concretizan los programas de gobierno y los cometidos señalados en la Constitución y las leyes. La Administración va a tener el control global de las actividades de ellas y la Dirección Interna de sus órganos de gobierno. Por otra parte, el fin para el cual estos entes son creados, son los fines propios del ente matriz cuya titularidad se mantiene y no se transfiere tras la creación de la entidad dirigida.

- Cabe decir que no son titulares de potestades públicas, criterio que distingue a los OAE de estas entidades, junto con su forma de constitución y el aparataje jurídico o la forma externa que han adoptado.
- Estas entidades poseen un patrimonio y bienes que en último término son transferidos desde el Estado; esto es, que son parte del patrimonio nacional, a través de parte de destinación de recursos públicos para el logro de los fines de esas Instituciones.

- Tienen un régimen de organización y funcionamiento de derecho privado. La exclusión del derecho público en su actividad es funcional al escaso control que la CGR puede ejercer sobre sus actos y sobre los aspectos financieros, permitiendo una mayor agilidad en su funcionamiento, así como también mayores riesgos en la gestión de la entidad. Por lo demás, existe una evidente huida del derecho administrativo, el que también se manifiesta en la aplicación al personal de las normas del Código del Trabajo en lugar de los estatutos de derecho público que regulan la función pública y en otra serie de conflictos legales y constitucionales en materia organizacional, los cuales serán abordados en el cuarto capítulo de este trabajo .

IV. CAPÍTULO: PRINCIPALES CONFLICTOS Y LA HUÍDA DE LOS MECANISMOS DE CONTROL Y GARANTÍAS.

Estudiada la evolución de la organización administrativa en el país, y el régimen jurídico actual de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública en Chile, nos movemos hacia un tramo de la investigación que comprende una revisión a los conflictos que ha suscitado la inserción de entidades privadas en la organización administrativa.

La aparición de estas nuevas personas jurídicas desborda los límites configurados por los principios y garantías constitucionales, lo que ha conllevado a una fuga de las normas de control y, en consecuencia, a una indefensión para las garantías de los ciudadanos protegidas por el derecho administrativo. Esto se ha manifestado en materia organizacional, a nivel estructural, como se pudo prevenir en la primera parte de este trabajo; en términos de conflictos legales y constitucionales, por la existencia de entidades que detentan funciones públicas, en la huida del control de gastos, en la fuga del Estatuto Administrativo y en la incertidumbre relativa a qué régimen de fiscalización se deben sujetar.

Los casos a analizar se estudiarán a partir de estas tres aristas: huida del control de gastos, fuga del Estatuto Administrativo y situaciones jurídicas anómalas particulares que se dan en nuestra institucionalidad.

En el primer ítem, se trabajará enunciando la normativa que rige actualmente a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública y la mención de los conflictos que ha vislumbrado la jurisprudencia en relación a los casos en estudio, es decir, respecto a: las corporaciones creadas por órganos de la Administración del Estado; corporaciones y fundaciones creadas por municipalidades; Red de Fundaciones de la Primera Dama y las corporaciones y fundaciones creadas por Universidades Estatales, entre otras.

En la última parte de esta revisión casuística se expondrán casos particulares de instituciones que presentan conflictos constitucionales y legales, respecto, principalmente, a la titularidad de potestades públicas por parte de entidades privadas, y el ejercicio de actividades administrativas y económicas, siendo relevantes los casos de CONAF y SERCOTEC.

1. Huida del control administrativo.

Cuando nos preguntamos ¿hasta qué punto la instrumentalización del derecho privado por la Administración del Estado, constituye realmente una huida de ésta del derecho administrativo? Nos referíamos intuitivamente al control que puede ejercer la Administración ante la actuación de estas entidades. Entonces, ahora podemos reformular la pregunta: ¿es compatible con el principio de control que la Administración se valga, para el cumplimiento de sus fines de interés general, de entidades que se rijan por el derecho privado? La respuesta es, hasta el momento, que el sometimiento al derecho privado de estas entidades es posible pero tiene sus límites, dados principalmente por el control que ejerce la administración y la sujeción a principios fundamentales establecidos en el ordenamiento. Como hemos indicado, por más que una entidad pública adopte una forma de personificación privada, si ésta realiza una actividad materialmente administrativa no quedará liberada del deber constitucional de servir con objetividad los intereses generales para los cuales ha sido concebida, y por ende, se encuentra sometida a ciertos controles administrativos.

i. Acercamiento a una noción de control.

Sin ánimo de excedernos del motivo de este trabajo, podemos señalar que el control, en palabras del profesor Arturo Aylwin “constituye un elemento clave en cualquier régimen jurídico administrativo (...) y, nadie puede poner en duda como la falta o imperfecciones de la fiscalización, en cualquier empresa humana, constituye un factor que facilita la corrupción, la erosión del patrimonio público o la lesión de los derechos de las personas y que se cometan otras infracciones al ordenamiento jurídico, incluido un deterioro de la eficiencia y eficacia administrativas”.²⁰⁵

Para el profesor Pantoja Bauzá, el ejercicio del control, en sí, “puede consistir en una labor de revisión, de una verificación de si lo actuado corresponde con lo decidido, que se especifica en una tarea verificadora de lo efectivamente hecho para determinar si se corresponde a lo previamente determinado por la autoridad competente”. En un concepto amplio, el control consiste en el examen de una actuación que se realiza con vistas a establecer si ella se ajusta a las normas que la rigen. Por eso también se dice que es un análisis profesional orientado a establecer la regularidad de una actuación²⁰⁶.

La Constitución de 1980 no reconoce un principio de control propiamente tal, no obstante, existen algunos sistemas de control presupuestario, de gasto y de juridicidad, principalmente, en la configuración constitucional de la

²⁰⁵ AYLWIN AZOCAR, Arturo. Evolución del Derecho Administrativo chileno y del Régimen de Control de la Administración Pública. Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 212 V. 2 año LXX (jul-dic, 2002) p. 406.

²⁰⁶ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. El Principio de Control. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.

Contraloría General de la República y en la regulación especial de la tramitación de la Ley de Presupuestos. Por lo demás, en nuestra Constitución se encuentra reconocida en el art. 52 N° 1 relativo a la fiscalización de la Cámara de Diputados, art. 98 respecto a las funciones que ejerce la CGR, art. 113 sobre la labor del Consejo Regional y art. 119 que trata de las funciones del Consejo Municipal.²⁰⁷

ii. Tipos de control.

Sobre los OAE se ejercen diversos controles los que atienden a diversas clasificaciones. Esta clasificación puede ser:

²⁰⁷ Artículo 52. “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:
1) Fiscalizar los actos del Gobierno.”

Artículo 98. “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”
respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.”

Artículo 113 : “El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional

Artículo 119: “El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.”
En las sesiones destinadas a fiscalizar, concentradas en revisar actuaciones municipales, no puede asistir el alcalde. El patrón de revisión en el caso de los Concejos Municipales consiste en un contraste entre lo que se ha hecho con estándares establecidos.

1.- Atendiendo a los sujetos que intervienen en el proceso de control: repara en el sujeto contralor, fiscalizador o controlador, y en el sujeto controlado, pudiendo ser, uno y otro, público o privado.

2.-Atendiendo a la posición institucional que ocupa el órgano que ejerce el control: se habla de control Interno, cuando se ejerce por unidades del propio servicio controlado, y control externo, cuando es ejercido por órganos ajenos a ese servicio.

3.-Atendiendo a la materia: puede ser de juridicidad, cuando es de legalidad; interno, cuando es de procesos internos del servicio; de gestión, cuando recae en procedimientos administrativos que dicen relación con el manejo de los recursos humanos, materiales y financieros de la institución, y democrático, que dice relación con los mecanismos que tiene la ciudadanía, para revisar la conformidad de las decisiones tomadas por las autoridades.

4.-Atendiendo al tiempo en que se ejerce el control: puede ser preventivo, concomitante o a posteriori, tomando como referencia la dictación y vigencia de un acto administrativo.

iii. Control interno y control externo.

Desde la perspectiva clásica la sujeción al control por parte de la Administración se puede evaluar desde los parámetros del control político,

control administrativo y jurisdiccional²⁰⁸. A su vez, el control administrativo según la naturaleza orgánica del organismo que ejerce dicho control, se distingue entre control interno y externo.

En principio, los OAE se encuentran sometidos a diferentes sistemas asignados al propio Estado, quien tiene responsabilidad sobre su control interno, a través del principio jerárquico.

El control externo, por su parte, consiste en el control de naturaleza especializada que ejercen órganos externos a la Administración sobre ésta, subdividiéndose, a su vez, en diversos tipos de controles, como el control de mérito, control de oportunidad y conveniencia, control financiero, control de eficiencia o eficacia, y es realizado por órganos externos a la Administración activa, como la Contraloría General de la República²⁰⁹.

a. Un concepto moderno de control: control interno y control de gestión.

²⁰⁸ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. El control de la Administración Pública en Chile desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo. in Cienfuegos, D. "Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz", Vol. 1, Administrative Law, Universidad Nacional Autónoma de México. p. 203 y ss.

²⁰⁹ En principio, el control interno consiste en la actividad que la propia Administración del Estado realiza para autocontrolarse, tanto respecto de la juridicidad de sus actuaciones como en lo relativo a la eficiencia de ella. Por ello, se corresponde con los controles de juridicidad y de gestión que ocurren dentro de un servicio público y que se explican en función del principio jerárquico. El control externo es aquel realizado por órganos externos a la Administración. En consecuencia, puede entregarse a órganos de la Administración descentralizada, a órganos autónomos, independientes totalmente de la Administración como los controles ejercidos por la Contraloría General de la República y otros órganos externos a la Administración, sobre ella.

Para efectos de tratar la huida de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública de los controles administrativos, es necesario reformular, la distinción entre control interno y externo, tomando en cuenta la naturaleza privada de las entidades y su sujeción a los controles administrativos, lógicamente más laxa que la aplicable a los OAE.

Un moderno concepto de control indica que es una función inherente a la gestión, a la dirección de las organizaciones y, por lo tanto, deja de ser una función asignada a un área específica de la organización, como Contraloría, finanzas o contabilidad de todo el personal de la organización. En este sentido, se debe acotar que la concepción del control ha mutado desde el tratamiento tradicional, que enfocó el control del Estado en las auditorías contables y en las verificaciones de legalidad de los actos a un enfoque moderno, que mira al control interno y al control de gestión como la forma mediante la cual el Estado cumple los fines que se le asignan.

De esta forma, la acción del Estado se produce a través de la interacción entre el control interno y el proceso completo de gestión, de tal manera que, este enfoque ha colaborado en el rol fiscalizador que mantiene la Administración del Estado sobre aquellas entidades que no pertenecen a su estructura orgánica.

- El control interno: Comprende el conjunto de planes, métodos y procedimientos adoptados por la Administración del Estado para

asegurar la debida protección del patrimonio público, la adecuada contabilización de sus operaciones, y el desarrollo de la actividad de la Administración activa de acuerdo con la normativa vigente y según las metas y objetivos trazados por el Estado, y por cada uno de sus servicios. En consecuencia además de los controles de mérito, oportunidad y conveniencia, se relaciona con la estructura organizacional, las normas de autorización y procedimiento, la regulación del Personal, a través del Estatuto Administrativo.

- El control de gestión: Es un proceso que parte desde interacción entre las unidades del Estado y pasa por el ciclo completo de actividad del Estado, que va desde la determinación de sus fines y objetivos, pasando por la planificación estratégica y el presupuesto, y que continúa con la ejecución del programa, su evaluación y la decisión sobre su continuidad. Se encuentra intrínsecamente ligado con el control presupuestario de la Administración, el control de la planificación presupuestaria y de la ejecución del presupuesto es llevado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y a través de las verificaciones contables y del juicio de cuentas, realizado por la Contraloría General de la República.

La utilización de técnicas de derecho privado por la Administración, atenúa la aplicación de los controles administrativos internos y de gestión,

configurándose la llamada huida del derecho administrativo, cuya evidencia más corrosiva es la huida del control de gastos y la fuga del estatuto administrativo.

1.1. Huida del control de gastos: Huida de los mecanismos de control presupuestario y financiero.

Ahora bien, visto en la primera parte de este trabajo cómo evolucionó en nuestro país la huida en materia organizacional, otro gran conflicto que se presenta es en relación al control de gastos. En estos casos, la mayoría de las veces, no hay huida total sino atenuación de los controles públicos. Asimismo, no existe un cuerpo normativo en nuestro país que regule rigurosamente la existencia de estas entidades, por lo que ordenar una regulación que refleje la expresión de la huida del control financiero y presupuestario de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, se propondrá como una misión compiladora de las normas que dan origen a dicha dispersión normativa.

En principio, gran parte de las fundaciones y corporaciones en estudio depende en su financiamiento, principalmente de un ministerio o de un servicio público, entre otras instituciones. Estos servicios, los cuales suelen ser descentralizados tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y

generalmente se encuentran sometidos a la supervigilancia del Jefe de Estado a través del ministerio respectivo.

En este sentido, como se señaló, uno de los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha previsto para ejercer esta supervigilancia es en la definición del presupuesto que se asigna al servicio. Esto debido a que la Ley de Presupuesto es la que les asigna los ingresos anuales a estos servicios y, dado que es una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, éste ejerce un control indirecto con respecto de estos entes, a través de la cantidad de los recursos que aporte dicha ley a su presupuesto²¹⁰.

Otra forma de ejercer esta supervigilancia viene dada por el hecho que, con mayor frecuencia, las leyes de presupuestos han comenzado a imponer, a través de las glosas que integran algunas partidas, la obligación de informar a la Dirección de Presupuestos, a otros órganos de la Administración del Estado o al Ministerio de Hacienda, sobre el desempeño y gasto de partidas específicas y la destinación de los fondos que se han colocado a su disposición o que administran o sobre el cumplimiento de los convenios que celebren.

En consecuencia, en materia presupuestaria y financiera, las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro que reciben fondos públicos se

²¹⁰ Para Vaquer Caballería la reacción de los controles presupuestarios es una luz que redirecciona la gestión de estas entidades al derecho público, a saber señala que: "Parece ya enquistada, por lo que se ve, la costumbre según la cual primero innova la organización con tendencia a la fuga del sistema, aprovechando a veces una puerta dejada abierta por el Derecho privado, y después reacciona el Derecho administrativo —empezando por el presupuestario, sin duda dotado de los mejores reflejos— buscando su normalización y su reconducción al mismo". VAQUER CABALLERÍA, Marcos, coord. Calvo Charro, María. Las entidades de derecho privado: Sociedades mercantiles y fundaciones. Ob. cit. p. 263.

rigen por la Ley de Presupuesto para el sector público del año respectivo, por el D.L. N° 1.263 de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, por la Ley N° 19.862, que establece los “Registros de las Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos” y su Reglamento (Decreto N° 375, de 2003 Del Ministerio de Hacienda), por el Decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda que determina las clasificaciones presupuestarias y sus modificaciones posteriores²¹¹. A continuación expondremos las principales normas que rigen el control de gastos en las entidades en estudio.

1.- D.L. N° 1263 de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado:

Ahora bien, como se ha prevenido con anterioridad, algunas corporaciones y fundaciones son parte del sector público, conceptualizado en el

²¹¹ En la doctrina tradicional el control se define principalmente según el órgano que lo ejerce, este puede ser control interno, o control externo. El control interno, se basa en el principio jerárquico, y entre los organismos que colaboran con este fin se encuentra la Dirección de Presupuesto, las Oficinas de Presupuesto en los Ministerios, las Unidades de auditoría interna, el Consejo de Auditoría interna general de Gobierno y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dentro del Control Externo las principales entidades que colaboran son la CGR y el Congreso Nacional. En este sentido respecto al control interno, debemos decir que le corresponde al poder Ejecutivo la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y el logro de las metas programadas para los servicios públicos (Art. 52, DL 1.263, Ministerio de Hacienda, 1975). La DIPRES por su parte está encargada de regular y supervisar la ejecución del gasto público (Art. 15, Decreto Ley 1.263, Ministerio de Hacienda, 1975). Dentro de sus principales funciones en esta etapa del proceso presupuestario, que dicen relación con la fiscalización de la inversión de fondos públicos en entidades privadas, son solicitar y proporcionar tanto a los Servicios Fiscales como a las instituciones descentralizadas, informaciones tendientes a facilitar el control de los presupuestos y coordinar, supervisar y propender al perfeccionamiento de las actividades de organización y métodos de los servicios fiscales e instituciones descentralizadas. Ver El Proceso Presupuestario En Chile, Aspectos Generales: Marco Legal, Actores Institucionales, Principales Aspectos De Modernización. Gobierno de Chile Ministerio de Hacienda. Septiembre 2005.

art. 2º del D.L. Nº 1263. Lo relevante es el concepto de “presupuesto del Sector Público” que entrega el art. 11º de dicho cuerpo legal, como “estimación financiera de los ingresos y gastos para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”. De tal manera que todos los años a partir del 1º de Enero no puede efectuarse pago alguno sino con cargo al presupuesto vigente (art. 14º). A su vez, el art. 15 del Decreto Ley Nº 1.263 señala que la Dirección de Presupuestos es el organismo técnico encargado de proponer la asignación de los recursos financieros del Estado²¹² siendo la CGR quien tiene como función fiscalizar el gasto público.

2.- Ley Nº 19.862 sobre Registro de las Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos:

Por otra parte, en relación con el marco normativo que entrega esta ley, se puede señalar que:

- a) En su art. 1º se indica que los órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos y los municipios que efectúen transferencia,

²¹² Además le compete, solo a dicha Dirección, orientar y regular el proceso de formulación Presupuestaria, así como regular y supervisar la ejecución del gasto público, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden a la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 52 de este texto legal y, en general, conforme a las reglas contenidas en su Título V y en su ley orgánica constitucional. PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio. El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, p. 214.

deberán llevar un registro de las entidades receptoras de dichos fondos. Asimismo, en el caso de las entidades que reciban fondos públicos, como sucede con las corporaciones y fundaciones de iniciativa pública, y que sea con cargo a la partida presupuestaria Tesoro Público, la obligación de llevar este registro corresponderá a la institución que apruebe la transferencia o que sancione la asignación de los fondos correspondientes.

b) Dicha ley define lo que se entiende por transferencia en su art. 2º: “Para los efectos de esta ley se entenderá por transferencias las subvenciones a personas jurídicas, sin prestación recíproca en bienes o servicios, y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos; sea que estos recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales, o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales, y otras de similar naturaleza, todo esto según se determine en el reglamento”.

c) En el art.4º se indica la información que deben contener dichos registros, lo que incluye además de la respectiva individualización de las entidades mencionadas en esa ley, su área de especialización, su naturaleza jurídica, y sus antecedentes financieros. Asimismo, se debe

consignar también las actividades, trabajos o comisiones que se hayan encargado por parte de las entidades públicas y municipios; los recursos públicos recibidos y el resultado de los controles efectuados por la Contraloría General de la República y otros órganos fiscalizadores, cuando corresponda.²¹³

d) Establece sanciones, según el Estatuto Administrativo, al funcionario público que otorgue recursos públicos a instituciones no inscritas (art. 7ºinc.4º).

e) Se señala también que aquellas entidades no inscritas que reciban recursos deberán devolverse reajustados con el interés máximo convencional (art. 7º inc.5º).

Los servicios públicos y municipalidades, y por ende las corporaciones o fundaciones que de ellos dependen, reciben este financiamiento mediando clasificaciones presupuestarias, determinadas en el Decreto N° 854 de 2004, cuya estructura básica es permanente, fijada por el Ministerio de Hacienda, y que define o clasifica el contenido de todos los ingresos y gastos de un año.

²¹³ El art. 5º de esta ley, dictada en el año 2003, establece la condición de que las instituciones receptoras de las transferencias o donaciones mantener permanentemente actualizada dicha información, en clara armonía con lo que señala el art. 8º de la CPR y la Ley de Transparencia.

3.- Principio de legalidad del gasto público:

Relevante es en este ámbito la sujeción al principio de legalidad del gasto público, cuya base se encuentra en la propia CPR en el art. 6° inc. 1°,²¹⁴ en el art.7° inc. 2°²¹⁵, art. 98 que regula el control de legalidad de la CGR²¹⁶, art. 100²¹⁷, en materia de ley orgánica constitucional, el art.2° de la Ley N° 18.575, el art. 56 de la Ley 10.336.²¹⁸ En palabras del profesor Pallavicini Magnère, de “un análisis armónico de la Constitución Política se desprende que el principio de legalidad cubre todo el ámbito del derecho público y, por lo mismo, puede ser objeto de una visión más integral”.²¹⁹ Este principio trae como claras consecuencias que:

²¹⁴ Artículo 6° inciso 1°: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella."

²¹⁵ Artículo 7° inciso 2°: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

²¹⁶ Artículo 98. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

²¹⁷ Artículo 100: Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedida por autoridad competente, en que se exprese la ley la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.

²¹⁸ Artículo 56: "Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, medio decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse".

²¹⁹ PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio. El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales.p.210.

1. Los servicios públicos deben actuar con estricta sujeción a las atribuciones que la ley les confiere.
2. Todo egreso que se autorice debe precisar su fuente de financiamiento.
3. Los fondos que la Ley de Presupuestos pone a disposición de la Administración deben destinarse exclusivamente al logro de sus objetivos propios y administrarse conforme con las normas que los rijan.
4. Los servicios sólo pueden efectuar aquellos desembolsos que estén autorizados por ley.
5. Las Leyes de presupuestos establecen restricciones a la forma en que deben ser invertidos los caudales públicos, disponiendo, en algunos casos los requisitos que deben cumplir los OAE para efectuar gastos.

4.- Control del gasto público ejercido por la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República:

Esta ley dispone normas muy relevantes en relación a los fines del gasto público efectuado por entidades privadas. En este sentido, Contraloría en el ejercicio de sus atribuciones en el control contable, a través del examen de los decretos de gastos, llevando la contabilidad de la nación. En el art. 16 inc. 2° se dispone el ámbito de fiscalización de la CGR

Art. 16 inc. 2º: ... También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional.

Se establece un control finalista del gasto de dichas entidades de los fondos públicos, corolario de esta norma el art. 25 del mismo cuerpo legal, señala:

Artículo 25: La Contraloría General de la República fiscalizará la correcta inversión de los fondos públicos que cualesquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada.

Esta fiscalización tendrá solamente por objeto establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad.

Y en materia de rendición de cuentas en relación con el sentido de estas normas se dispone lo siguiente:

Artículo 85: Todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos de los mencionados en el artículo 1º, rendirá a la Contraloría las cuentas comprobadas de su manejo en la forma y plazos que determina esta ley(...)

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

Como resultado de esta revisión, podríamos objetar la falta de sistematización en el D.L. 1263 de 1975, y en las demás normas expuestas, cuya enumeración y categorías no se basa en criterios claros que permitan descubrir cuándo una entidad debería ser considerada del sector público y cuándo no. Por lo demás, no existen criterios distintivos entre aquellas entidades que tienen un financiamiento mayoritario o un control efectivo de la Administración del Estado y aquellas que lo tienen en menor grado.

De este modo, las entidades estudiadas poseen similares características a las instituciones mencionadas en el art. 2º de dicho decreto, en razón a que i) han sido creadas por decisión o iniciativa pública, ii) cuentan con la participación o representación del Estado o sus instituciones, iii) ejercen el cumplimiento de una función público-administrativa y, iv) su financiamiento tiene principalmente fuentes estatales. No obstante, a pesar de cumplir con todas estas características quedan fuera del denominado “sector público”.

1.1.1. Casos en materia de huida de los mecanismos de control presupuestario y financiero.

A continuación a modo de ejemplo se expondrán casos de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, y las dificultades para llevar a cabo su actuación como entidades de derecho privado,

en el marco del control financiero y presupuestario que se trata de ejercer sobre ellas.

i. Corporaciones y fundaciones creadas por municipalidades:

En primer lugar, a saber, la CGR mantiene facultades fiscalizadoras relacionadas específicamente con las corporaciones municipales de que se trata, esto se manifiesta en el art. 136 de la LOCM N° 18.695, el que dispone:

Artículo 136.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 6° y 25 de la Ley N° 10.336, la Contraloría General de la República fiscalizará las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza y aquellas constituidas en conformidad a este título, con arreglo al Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, del año 1980, del Ministerio del Interior, o de acuerdo a cualquiera otra disposición legal, respecto del uso y destino de sus recursos, pudiendo disponer de toda la información que requiera para este efecto.

Sobre el particular, cabe señalar que el mencionado art. 25 de la ley N° 10.336, previene que Contraloría General fiscalizará la correcta inversión de los fondos fiscales que cualquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada, la que tendrá solamente por objeto

esclarecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad. En este sentido, el control que ejerce la contraloría en materia presupuestaria dice relación con el cumplimiento de los fines a los que sujetó la inversión de fondos públicos.

Por su parte, el art. 136 de la ley N° 18.695 preceptúa que sin perjuicio de lo establecido en los art. 6° y 25 de la ley N° 10.336, órgano contralor fiscalizará las corporaciones constituidas con arreglo al decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, respecto del “uso y destino de sus recursos”, pudiendo disponer de toda la información que requiera para este efecto.

De esta forma el control que ejerce CGR es más amplio que el consagrado en el mismo art. 25 de la Ley N° 10.336²²⁰, pues la fiscalización versa sobre la correcta inversión de los fondos fiscales que cualesquiera personas o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada; sin que por tanto, el aludido artículo 25 importe, una limitación a dicha facultad de fiscalización; ergo las facultades de Contraloría General se extienden a todos los recursos -incluyendo los ingresos propios que obtengan por cualquier vía-, y le permiten comprobar tanto el uso como el destino de los mismos.

De lo expuesto, se colige, entonces, que esta entidad contralora tiene competencia para fiscalizar que la forma en que las corporaciones

²²⁰ Se puede revisar Dictamen N° 1362 del año 2000 emitido por la CGR y la entrada en vigencia de la Ley N° 19602.

municipales emplean sus recursos y los instrumentos a través de los cuales éstos son invertidos se ajusten a derecho, así como también, para verificar que la finalidad de los mismos se ajuste a la normativa legal vigente²²¹.

De esta forma la Contraloría ha detectado, a través de Informes de investigación especial, diversos casos de irregularidades en el manejo de fondos por parte de corporaciones municipales.

También existen problemas en materia de control financiero, en casos específicos, debido a la falta de fiscalización por concepto de la Ley de Subvención Escolar Preferencial N° 20.248²²², déficit y mal manejo presupuestario, lo que ha dificultado el cumplimiento de las funciones públicas que le han sido traspasadas a la mayoría de estas corporaciones.

Grave es el caso del desvío de fondos implementados en las corporaciones municipales por la Ley N° 20.248 o Ley SEP. Según Informe

²²¹En Dictamen N° 34.048 de fecha 11 de septiembre de 2001, en la especie, de acuerdo con los estatutos de Corporación Cultural de Calama, por una parte, el patrimonio de la Corporación se encuentra constituida por los fondos que reciba del Estado, de las municipalidades y de otras entidades públicas o privadas y, por otra, al Municipio le corresponde intervenir, en las condiciones que aquéllos indican, en la designación del 50% de los miembros de su directorio, por lo que la precitada disposición es aplicable en la situación que se analiza. En este contexto, es del caso manifestar que a Contraloría General le compete la fiscalización de las referidas corporaciones culturales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 16 y 25 de su Ley Orgánica Constitucional, para -entre otros efectos- solicitar la información necesaria a fin de establecer si se ha dado cumplimiento a sus finalidades, sin perjuicio de la fiscalización que le corresponde al Ministerio de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto N°110, de 1979, antes aludido.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, es del caso manifestar que esta Entidad de Fiscalización tiene competencia para recabar todos aquellos antecedentes que le permitan detectar eventuales irregularidades en el manejo financiero de la Corporación Cultural de Calama, con el propósito de verificar si sus fondos han sido destinados a los fines para los cuales han sido aportados, por lo que corresponde que la Contraloría Regional de Antofagasta requiera a la Corporación de que se trata los antecedentes que sean pertinentes para tal objeto.

consolidado de Auditoría N°9 de la CGR, emitido con fecha de 08 de Mayo de 2012, en el que se efectuó revisión de los recursos que otorga la ley N° 20.248, sobre Subvención Escolar Preferencial, en 77 municipalidades del país y 28 corporaciones municipales, que administran el servicio traspasado de educación, de un total de 345 y 54, respectivamente, y durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 al 30 de junio de 2011.

En relación a la aplicación de fondos sobre gastos improcedentes, respecto de las corporaciones municipales, se detectaron gastos improcedentes por \$6.301.858.095.-, equivalente al 45,9% del total de gastos revisados, que no se ajustaron a los objetivos para lo cual fue creada la subvención escolar preferencial.

Además, se comprobaron desembolsos insuficientemente acreditados, en 14 corporaciones municipales, correspondientes al 50% del total revisado, al no contar con toda la información necesaria que acrediten gastos por la suma de \$1.653.857.876. También se observaron gastos sin acreditar, en 3 corporaciones, equivalentes al 10,7% de las entidades fiscalizadas, respectivamente, cuyo monto ascendió a \$ 21.093.167 al no adjuntar la documentación de respaldo que acreditara los desembolsos efectuados.²²³

²²³ Informe Final Consolidado de Subvención Escolar Preferencial N° 9, Contraloría General de la República División de Municipalidades. Subdivisión de auditoría e inspección. Área auditoría 1, p. 50.

Asimismo, durante los últimos años es posible reconocer en Informes Finales de Auditoría emitidos por la CGR²²⁴ similares problemas en el mal manejo de ingresos públicos, falta de control contable (lo que se manifiesta en los gastos duplicados o insuficientemente acreditados), falta de rendición de cuentas, uso de ingresos para fines distintos de los asignados a las corporaciones en comento, contratación de empréstitos²²⁵, entre otros conflictos en materia presupuestaria que escapan del control administrativo²²⁶.

²²⁴ Informe Final 74-2013 Corporación Municipal de deportes de Ñuñoa por transferencias e ingresos propios Abril 2014. Se detectaron irregularidades relativas al gasto de montos en fines distintos para los que fueron otorgados. Informe Final 73-13 Corporación Municipal de Desarrollo Social de Til Til - Auditoría al programa de recepción y entrega de transferencias - abril 2014. Se revisan problemas por falta de rendición de cuentas, a rendir por parte de la corporación con los recursos otorgados por la Municipalidad de Til Til. Informe Final 69-13 Corporación Municipal de Lampa - auditoría al macroproceso de recepción y entrega de transferencias - Abril 2014. Existen problemas relativos a la falta de fiscalización interna, y en la contabilización de los recursos transferidos por la Municipalidad de Lampa. Informe final 49-13 Corporación Municipal Lo Prado -Abril 2014. Se sugiere en este informe regular aspectos de control interno, referente a la oportunidad de la transferencia de los recursos. Informe Final 74-2013 Corporación Municipal de Deportes de Ñuñoa transferencias e ingresos propios Abril 2014. Es posible percatar la falta de entrega de informes administrativos financieros, irregularidades en la rendición de gastos. En el Informe de Auditoría Final 1-2013, emitido con fecha de 04 de abril de ese año, se detectan una serie de irregularidades en las transferencias efectuadas por la Municipalidad de Providencia a la Corporación Cultural de Providencia en materia de egresos no aplicados a los fines, gastos duplicados, gastos insuficientemente acreditados entre otros.

²²⁵ Dentro de este tipo de entidades es regular la consulta a la CGR relativa al art. 140 de la ley N° 18.695 que dispone que ninguna corporación, fundación o asociación municipal, creada o que se cree en virtud de dicha normativa orgánica u otras leyes, podrá contratar empréstitos. Por su parte, el artículo 39, inc. 2°, del D.L. N° 1.263, de 1975, prescribe que la deuda pública estará constituida por aquellos compromisos monetarios adquiridos por el Estado derivados de obligaciones de pago a futuro o de empréstitos públicos internos o externos. Normativa que también rige para las Corporaciones reguladas por el art. 118 inciso 6° de la CPR y por el art. 5° de la LOC de Municipalidades²²⁵. A saber, se han presentado diversos casos en que dicha prohibición ha sido cuestionada por parte de las Municipalidades. En el Dictamen N° 5244 de año 2010 relativo a la solicitud de antecedentes por recurso de protección Rol de Ingreso Corte N° 1189 de 2009 interpuesto por el Alcalde de la Municipalidad de Lo Prado, en su calidad de Presidente de la Asociación Gremial de Corporaciones Municipales de Chile, AGCM, en contra de este la CGR y de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Dicho recurso fue deducido en virtud de la dictación del Dictamen N° 58907 de 2009 a través del cual se determinó que las corporaciones municipales constituidas con arreglo al decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, se encuentran impedidas de contratar líneas

ii. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por Universidades Estatales:

Respecto de la constitución de corporaciones y fundaciones, creadas por Universidades Estatales, se debe comentar que el Art. 55, D.F.L. 3, 2006 del Ministerio de Educación señala que éstas podrán crear y organizar con otras personas naturales o jurídicas, asociaciones, sociedades, corporaciones o fundaciones cuyos objetivos correspondan o se complementen con los de la Universidad, y aportarles fondos. A su vez, la Ley N°19.168, otorga la misma facultad a las Universidades de Tarapacá, Arturo Prat, Atacama, Valparaíso,

de crédito en cuentas corrientes, en razón de la prohibición contemplada en el art. 140 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone que ninguna corporación, fundación o asociación municipal, creada o que se cree en virtud de esa u otras leyes, podrá contratar empréstitos. Ahora bien, el recurrente impugna el aludido pronunciamiento, por cuanto la prohibición contenida en el citado artículo no resultaría aplicable a las corporaciones a que se ha hecho referencia precedentemente y, aún en caso de desecharse dicha alegación, no correspondería que la CGR interprete la ley de un modo generalmente obligatorio respecto de las corporaciones municipales, y menos aún, lo que debe entenderse por empréstito, no revistiendo, por lo demás, las líneas de crédito. Lo sostenido por la jurisprudencia administrativa de este órgano contralor se encuentra contenida en los dictámenes N°s. 14.208, de 1984, 34.079, de 2006 y 7.301, de 2008, en virtud de la cual, se determina que las líneas de crédito en cuenta corriente bancaria constituyen una forma de empréstito, ya que suponen la obtención de recursos monetarios con la obligación de reembolsarlos, incluso con intereses.

²²⁶ La Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa Rol IC 2361-2009, relativo al reclamo ante el CPLT determinó que una entidad como la Corporación de Desarrollo Social de Viña del Mar, es decir una corporación municipal, fue constituida para los fines específicos que se pretenden conseguir o la necesaria participación de los ciudadanos en la gestión de una función pública. En consecuencia un ente "privado" organizacionalmente es "público" por cuanto concurren mayoritaria o exclusivamente órganos públicos en su creación; porque la integración de sus órganos de decisión, administración y control es efectuada por autoridades o funcionarios públicos y, por la naturaleza de las funciones que desempeñan, esto es, la finalidad al bien común. De concurrir estos elementos, como ya hemos señalado y teniendo en cuenta la facultad de creación que tienen los municipios, estas entidades o podrían quedar excluidas de los controles sobre los agentes del Estado, ya que al aceptar que un organismo de la Administración cree y participe en entidades que persiguen intereses privados se vulnera el principio constitucional de probidad consagrado en el artículo 8 de la Carta Fundamental a la Ley de Transparencia, por tratarse de una entidad creada para el cumplimiento de la función administrativa. Por lo que claramente debe sujetarse en materia de Control presupuestario a cierta normativa y a la publicación de su situación presupuestaria. (considerandos 5° al 8°).

Bío-Bío, Magallanes e Instituto Profesional de Osorno, previa aprobación por voto de mayoría en la Junta Directiva, a proposición del Rector, de igual manera se contempla tal atribución en los demás estatutos de las Universidades Estatales.

Dicha creación es problemática y se ha encontrado en la mira de la CGR desde hace un par de años, organismo que ha realizado fiscalizaciones a diversas Universidades Estatales a través de su División de Auditoría Administrativa Área Educación²²⁷.

En las Comisiones Investigadoras de la Cámara de Diputados en los años 2008 y 2011 se señalaron situaciones específicas relacionadas con la creación de “entidades paralelas a las Universidades Estatales” entre las que se encontrarían las entidades objeto de este estudio. En la Comisión Investigadora del Año 2011, la Cámara de Diputados estimó que las Universidades Estatales han ido construyendo un paralelismo institucional, sobre la base de corporaciones, fundaciones, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, “que tienden, como primer objeto, huir del control de la Contraloría General”²²⁸. En el Informe de la Comisión Investigadora sobre el funcionamiento de la educación superior, se evidencia una verdad incómoda del

²²⁷ Ver Presentación del Contralor General de la República. Comisión Investigadora encargada de revisar a fondo el Sistema de la Educación superior chilena. Contraloría General de la República División de Auditoría Administrativa Área Educación. Junio 2013.

²²⁸ Informe de la Comisión investigadora sobre el Funcionamiento de la educación superior. Cámara de Diputados. Disponible en http://educacion2020.cl/sites/default/files/comision_especial_investigadora_del_sistema_de_la_educacion_superior_chilena_.pdf. p. 31 y ss.

sistema universitario, y es que la participación del Estado en el presupuesto de las Universidades Estatales es deficiente. A modo de ejemplo; el presupuesto anual con que cuenta la Universidad de Chile es del orden de \$300.000 millones, del que el Estado sólo aporta menos del 14%. De este modo, el esquema de autofinanciamiento de la Universidad de Chile llega al 86% del presupuesto y la obliga a traspasar parte muy importante de las necesidades de cobertura presupuestaria a los estudiantes y sus familias. Claramente, en un sistema equitativo, las universidades públicas no deberían competir como si fueran privadas, pues por su carácter público enfrentan una rigidez normativa que las desfavorece.

No obstante, tal como lo ha ido reiterando la jurisprudencia emanada por la CGR, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 8.576, de 1989; 679, de 1992 y 47.500, de 2004, las Universidades Estatales constituyen servicios públicos que integran la Administración del Estado a la que se refiere el citado art. 1 ° de la ley N° 18.575, de manera que se encuentran sujetas a un régimen de derecho público en su organización y actividad jurídica, entre otros aspectos. Asimismo, las Universidades Estatales, en su condición de corporaciones autónomas de derecho público, forman parte de la Administración del Estado y, en consecuencia, quedan afectas a la plena fiscalización de Contraloría. En este marco legal converge la decisión de crear entidades privadas que resuelvan de manera eficiente las necesidades que las universidades no

pueden satisfacer por encontrarse amarradas a una institucionalidad restrictiva administrativamente hablando. Esto no obstante, la reiterada jurisprudencia del órgano contralor, dispuesta, a modo de ejemplo, en el dictamen N° 16.367, de 2001, que ha precisado que la autonomía universitaria consiste en la atribución de las entidades de educación superior de tener poder resolutivo en todo lo que se relaciona con el quehacer interno universitario, tanto en el ámbito académico, económico, como administrativo, sin perjuicio del deber de sujetarse a las normas legales que les sean aplicables, atribución que permite la administración de sus recursos y la creación de corporaciones y fundaciones coadyuvantes.

Ahora bien, la fiscalización de la CGR en las entidades mencionadas se dispone en el art. 16 inc. 2°, el art. 25 y el art. 85 inc. 3° de Ley N° 10.336, éste último señala lo siguiente:

“La fiscalización de la inversión de los fondos fiscales que perciban personas o instituciones de carácter privado, por leyes permanentes, a título de subvención o aporte del Estado, para una finalidad específica y determinada, se limitará a establecer si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad”

De esta forma la fiscalización se enfoca en revisar a las empresas, sociedades o entidades en que las universidades del Estado tengan aportes de

capital mayoritario o en igual proporción. En este sentido se deben controlar los programas y acciones específicas autorizados en los respectivos presupuestos para comprobar que los recursos se hayan utilizado en los fines para los que se otorgaron y conforme disposiciones legales que los regulan²²⁹.

Asimismo, la CGR llevó a cabo diversas investigaciones, principalmente a las fundaciones y corporaciones creadas por la Universidad de Santiago y Universidad de Chile. Así en el año 2011 emitió el Informe Final N° 244 de 2011, sobre auditoría a la regularidad de las operaciones practicada en la Fundación Planetario de la Universidad de Santiago de Chile²³⁰ en que se observó la falta de control interno en dicha entidad.

En el Informe N° 200 de 2012 FEN Universidad de Chile sobre convenios suscritos entre la Facultad de Economía y Negocios y la Fundación Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile²³¹, se determinó que la FEN

²²⁹ Dictamen de Contraloría General de la República N° 11.001 de 2004.

²³⁰ La Fundación Planetario es administrada por su Consejo Directivo, el cual es presidido por el Rector de la Universidad de Santiago de Chile e integrado por siete miembros, denominados "Consejeros", cuatro de los cuales deben ser funcionarios de la planta de la Universidad. Esta institución se creó en el año 1985 con un aporte fiscal único de la Universidad de Santiago de Chile, en consecuencia le son aplicables todas las acciones de fiscalización realizadas por la Contraloría General, por cuanto esta Fundación, es una entidad privada en la que el Estado o sus empresas, tienen aportes de capital mayoritario, tal como lo consigna la jurisprudencia administrativa, contenida en el dictamen N° 507, de 1990 de CGR.

En dicho estudio se comprobó que la Fundación Planetario no cuenta con una Unidad de Auditoría Interna, que otorgue a la autoridad y a los interesados, tanto internos como externos una garantía razonable de que la actuación del Consejo Directivo, y la del resto de los integrantes de la Fundación. En dicho informe se especifica que la ausencia de este tipo de instancias de evaluación, dificulta a la entidad medir el nivel de cumplimiento de sus políticas y de sus procedimientos, así como también alcanzar un mejoramiento continuo de los mismos.

²³¹ La Fundación Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile fue creada por escritura pública de 21 de octubre de 2003 y se le concedió personalidad jurídica mediante el D.S. N° 1.074, del 2003, del Ministerio de Justicia. La Fundación en comento tiene por finalidad

ha celebrado diversos convenios con la aludida Fundación para la ejecución de diferentes labores y acciones. Acorde con lo anterior, se procedió a revisar una muestra de 54 facturas emitidas por la Fundación a la FEN, documentos que respaldan la recepción de los fondos entregados por la Facultad de Economía y Negocios para cumplir con los convenios suscritos entre ambas, observándose carencia de formalidad y uniformidad en los procedimientos que rigen las operaciones entre la Facultad de Economía y Negocios y la aludida Fundación. Asimismo tampoco se han generado los controles asociados; las autorizaciones necesarias y la generación de informes oportunos y periódicos de la rendición de cuentas correspondientes. Debido a ello, se advirtió en dicho informe que las Unidades que suscribieron los convenios, operan independientemente, dejando a discreción de los funcionarios, la toma de decisiones sobre aspectos que impactan en la gestión de los mismos, cuestión que no se condice con los principios de jerarquía, responsabilidad y control a que aluden los art. 3 ° y 5° de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En el año 2013 se emitió Informe Final N° 31, de 2013, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, en el que dio por subsanadas parte de las

la investigación, el estudio, el fomento, la difusión y la ejecución de toda clase de actividades relacionadas con las ciencias económicas y administrativas, incluyendo la auditoria y los sistemas de información a nivel nacional e internacional.

observaciones planteadas respecto a los convenios celebrados con la fundación de dicha casa de estudios.²³²

En el Informe Final N° 32, de 2013, Facultad de Derecho²³³ por Auditoría a los convenios de transferencias - Diciembre 2013, se informa por parte de dicha entidad privada que ésta "no recibe recursos transferidos desde la Facultad, ya que su financiamiento lo obtiene íntegramente de la recaudación de cuotas de socios, ejecución de actividades docentes, como seminarios, cursos, talleres, congresos, proyectos de investigación, financiados principalmente por instituciones internacionales y de la realización de proyectos de consultoría, adjudicados a través de licitaciones públicas y privadas"²³⁴. En el informe practicado por el órgano contralor, se sugirió la implementación de mecanismos de control que permitan identificar las transferencias de recursos, en aras de fiscalizar y realizar un seguimiento y monitoreo de los recursos públicos que la facultad aporta a la fundación, a fin de velar por la correcta

²³² En el Informe FAU N° 31 de 2013, de las observaciones relativas a procedimiento financieros, se constató que en la versión para el año 2013 del manual de procedimientos del área de contabilidad, presupuesto y adquisiciones de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile, se incorporó un apartado que regula las actividades realizadas conjuntamente entre la citada facultad y su fundación. Adicionalmente, existe una propuesta de instructivo que reglamentaría las relaciones entre la Universidad de Chile y las entidades vinculadas a ella, la cual considera a todas las fundaciones de esa casa de estudios superiores y sus facultades.

²³³ La Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es una fundación de derecho privado, creada por esa Casa de Estudios Superiores, mediante el decreto universitario N° 2.676, de 4 de junio de 1992, y cuya personalidad jurídica y estatutos fueron aprobados según el decreto N° 1.539, de 11 de noviembre de 1992, del Ministerio de Justicia.

²³⁴ Ver Informe Final Facultad de Derecho Universidad de Chile N° 32 de 2013.

inversión de los mismos y principalmente por el cumplimiento de los objetivos para los que se proporcionaron²³⁵.

En estas fiscalizaciones²³⁶ la CGR ha detectado una serie de materias a controlar relativas a contrataciones sin resguardo o selección dirigida, a conflictos de interés e incompatibilidades²³⁷, problemas de transferencias y

²³⁵ Según este Informe, se estaría infringiendo el art. 29 del decreto universitario N° 2.750, de 1978, de la Universidad de Chile, el cual establece que, sólo pueden comprometerse esfuerzos o elementos de esa entidad de educación superior para la realización de proyectos en colaboración con otras entidades, siempre y cuando se cuente con la autorización del Rector, lo que en la práctica, con los hechos descritos, evidencian la falta de observancia a la normativa universitaria en cuestión. En consecuencia, la falta de regulación entre las operaciones de la Facultad y la Fundación, además de constituir vulneración normativa, importa una posible dificultad en el sistema de control interno, lo que incrementa el riesgo de que la falta descrita persista en el tiempo.

²³⁶ Importante es señalar que en Agosto de 2012 el Ministerio de Educación informó a los medios de comunicación sobre la revisión de los estados financieros de las instituciones de educación superior del país. En dicha ocasión se indicó como dato que el 90% de las universidades tenía “transacciones con empresas relacionadas”, entendiendo por tales a organizaciones de todo tipo donde la propia casa de estudios o sus directivos podrían estar vinculados o participar en su propiedad. Por otra parte, también es necesario hacer presente que la calificación de “relacionadas” resulta igualmente ambiguo, porque en un sentido limitado se refiere a las sociedades, corporaciones o fundaciones en que una Universidad participa como socio o como controlador; pero en un sentido amplio, y que es el que ha estado en la discusión pública en el último tiempo, también se refiere a aquellas sociedades de propiedad o controladas por todos o algunos de los socios o controladores de una Universidad, en la medida en que dicha sociedad venda bienes o servicios a la institución universitaria. Los casos en estudio responden a la noción limitada, en general, con las “entidades relacionadas”, se está tratando un concepto más amplio que comprende otras entidades además de las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, y se busca un funcionamiento más autónomo, transparentando el quehacer universitario, y sometiénolo en el caso de las Sociedades Anónimas a la Superintendencia de Valores y Seguros (con directores responsables de la gestión e informes financieros auditados), y de su marco legal en el caso de las Fundaciones. Todas estas organizaciones tienen directorios o consejos, con representación universitaria. En este documento se enfatiza la idea que las universidades no tienen fines de lucro, por lo que si se generan excedentes en la sociedad, será la institución la que recibirá un ingreso que aportará a su propia misión educacional. Universidades del CRUCH y entidades relacionadas. Consejo de Rectores de Universidades Chilenas. Anexo N° 392013, Julio 2013, Santiago, p. 1-10.

²³⁷ Entre otros casos, se da cuenta que el 30 de mayo de 2010, mediante la factura N°1389, la USACH cobró a SDT-USACH la suma de \$ 182.000.000, correspondiente a derechos de uso de marca, sin que existan respaldos suficientes para tal transacción y sobre la procedencia jurídica del cobro. (IF N°106/2011). Se encontraron pagos a un centro de eventos, por un total de \$

rendición de cuentas²³⁸, problemas de omisión de control financiero. Estas irregularidades han sido revisadas por las facultades respectivas, cuyos informes de respuesta y revisión han colaborado en ordenar y transparentar la gestión universitaria.²³⁹

1.2. Fuga del Estatuto Administrativo.

Al señalar que el Estatuto Administrativo cumple un rol relevante como elemento del control interno, nos referimos a que a través de este conjunto de

2.352.650, que no se condicen con sus estatutos, y con el fin que le corresponde cumplir a la Sociedad. (IF N°106/2011).

²³⁸ En el Informe Auditoría Integral Aleatoria Universidad de Chile N° 181 de 2010, relativo a los fondos destinados a la Fundación Valle Lo Aguirre con cargo al Patrimonio Universitario. La CGR recomendó a la Universidad dar cumplimiento, en cuanto a requerir rendiciones de cuenta de los fondos traspasados por la Corporación, lo cual debe hacerse extensivo a todas las entidades en las que tenga participación.

²³⁹ Los excedentes de caja, tanto de SDT, como los de la administración de proyectos, se invierten en el mercado de capitales. En el seguimiento efectuado, se comprobó que la Empresa no ha tomado medidas que permitan efectuar un control sobre los resultados de las inversiones que realiza en el mercado de capitales (IF N°201/2009 y seguimiento). En el Informe Final N° 201 de 2009 respecto a la Sociedad de Desarrollo Tecnológico Universidad de Santiago, se determina la necesidad de hacer un análisis y evaluación del Sistema de Control Interno imperante en la Sociedad, con el objeto de mejorar los procedimientos para evitar posibles defectos de organización, informes inexactos, falta de respaldo a las políticas administrativas y a los reglamentos internos de la empresa, incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias, faltas de normas de operación adecuadas, carencia de supervisión, registros inadecuados, entre otros.

En el Informe Final N° 81 de 2013 sobre auditoría a la Fundación María Ghilardi Venegas, de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Chile. En este caso, la Fundación María Ghilardi Venegas, se constituyó mediante decreto N° 507, de 30 de mayo de 2001, del Ministerio de Justicia, a través del cual se le concede la personalidad jurídica y se aprueban sus estatutos. Es una institución de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo principal objetivo es el fomentar la investigación científica, el perfeccionamiento profesional y la aplicación práctica de conocimientos en las áreas de la ingeniería genética, biotecnología y microbiología en los ámbitos humanos, ambiental y/o químico, a través de becas de postgrado. El problema que observó la CGR dice relación con la inexistencia de registros contables, pues se constató que la fundación no posee un sistema contable o de otro tipo, para el registro de sus operaciones, como tampoco comprobantes de ingresos. A su vez, se verificó que los egresos se registran en comprobantes contables sin numeración, lo que vulnera la integridad de la información al no registrar sus operaciones correlativamente.

normas la Administración del Estado puede ejercer un control en la regulación del personal, en especial, en lo relativo a la selección del personal, la carrera estatutaria, los beneficios conexos al empleo y la política de desvinculación y despido. De esta forma, a nivel de Administración del Estado y de los OAE existe una ley especial, la Ley N° 18.834, mejor conocida como Estatuto Administrativo.

A su vez, el Estatuto Administrativo, se define en virtud de los sujetos de derecho, a saber, los funcionarios públicos; calidad que les garantiza derechos constitucionales, civiles y políticos. El hecho de incorporarse a un cargo público de planta o, a contrata de un determinado órgano estatal, también conlleva ser parte de un régimen jurídico especial que rige a ese órgano y a sus dependientes. Este régimen jurídico, referido a la Administración, toma el nombre de Estatuto Administrativo, y, como dispone la LOCBGAE, su contenido abarca el ingreso, los deberes, los derechos, la responsabilidad y la cesación de funciones de los empleados públicos (arts. 15 y 43).

En este contexto se puede entender que los funcionarios públicos son sujetos de derecho en cuanto son titulares de ciertos derechos subjetivos especiales relacionados con la función que desempeñan, y en tanto son pasivos de deberes asimismo especiales; derechos y deberes que por su origen se llaman derechos estatutarios y deberes estatutarios, respectivamente. El

Estatuto, así, obliga por igual a la autoridad y a los demás funcionarios de un órgano o servicio público.²⁴⁰

En consecuencia la política de personal de la Administración se resume en la carrera funcionaria que, según el artículo 45 de la LOCBGAE, debe proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter profesional, técnico y jerarquizado. El Estatuto Administrativo hace que sólo sean tutelados por esta función pública quienes pertenecen a la planta funcionaria²⁴¹. Según el art. 3º letra f) del Estatuto Administrativo, la carrera funcionaria se puede definir por los siguientes elementos:

“Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al

²⁴⁰ Para el profesor Rolando Pantoja “el ejercicio efectivo de los derechos estatutarios o funcionarios está subordinado a la aceptación formal –por acto administrativo- de la autoridad competente, normalmente el jefe superior de servicio, en términos que si no son concedidos, ese ejercicio carece de validez”. Dentro de esta amalgama de derechos, el más importante es el derecho a la carrera funcionaria, que abarca el derecho al cargo y el derecho a la función, comprendiendo el ascenso y la promoción, las dos formas de acceder a puestos superiores que consulta el Estatuto Administrativo. Por otro lado, “los deberes estatutarios o funcionarios son de carácter legal y pueden consistir en obligaciones de hacer, de no hacer o prohibiciones, o en incompatibilidades, subjetivas y objetivas”. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Derecho Administrativo- Los funcionarios públicos como sujetos de Derecho Administrativo. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 15.

²⁴¹ En ese sentido, el profesor Pantoja se remite a señalar los dictámenes relevantes al caso, a saber: “El vínculo jurídico que une al funcionario con el Estado y que nace con el nombramiento –indicó el dictamen N° 67.095 de 1975-, no es de naturaleza contractual, sino legal y reglamentaria, por lo que no cabe aplicarle las disposiciones que se refieren a los contratos”. Antes bien, el sistema estatutario se caracteriza, agregó el dictamen N° 31.386 de 1982, por ser “un régimen de derecho público preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado”, lo que significa que quien pasa a ocupar un empleo público, como señaló el dictamen N° 79.705 de 1966, debe someterse a “una serie de deberes y obligaciones, otorgándosele también diversos derechos o facultades, de manera que al incorporarse a uno de los entes que conforman la Administración del Estado, la persona pasa a adscribirse en forma simultánea a un *status* jurídico especial, que está configurado por el cuerpo regulador de sus relaciones con la institución a que pertenece”. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Derecho Administrativo – Los funcionarios públicos como sujetos de Derecho Administrativo. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 11.

personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.”

Paralelamente a la carrera funcionaria, la Para- Administración y en especial las corporaciones y fundaciones en estudio, han generado la contratación de personal, utilizando las normas del derecho laboral por medio de las cuales el Estado suma personal a través de la contratación de servicios de personas que no son funcionarias; por ende, no gozan de beneficios o garantías para el desempeño de las funciones regulares de estas entidades ni pertenecen a estatutos especiales como el Estatuto Administrativo. En la práctica, estas entidades, son organizaciones instrumentales a los fines de la Administración del Estado, por lo que se puede considerar esta práctica como un régimen laboral paralelo. Ellos forman un estamento de empleo precario y que puede ser despedido o contratado libremente por las entidades en cualquier momento.

Por el contrario, ser funcionario público conlleva regirse por el Estatuto Administrativo que aparece, ante todo, como un concepto de derecho público administrativo del cual se deriva un régimen jurídico basado en el principio de la

legalidad y no de la convención, en principios propios del ámbito público, los que se traducen en la existencia de un régimen de desempeño que abarca desde el ingreso a la función pública hasta la cesación en el cargo público, pasando por la regulación de los derechos que asisten a los funcionarios, las obligaciones que se les imponen y la forma de hacer efectiva la responsabilidad por sus actuaciones²⁴².

Por otro lado, en la actualidad es posible observar estas dificultades en la regulación de la relación laboral emanada de corporaciones y fundaciones en estudio, las cuales responden a la tendencia de la huida del Estatuto Administrativo. Así, en aquellas entidades creadas por Universidades Estatales existe falta de control sobre el personal, persistiendo diferencias estatutarias, y problemas relativos a la destitución de personal funcionario que luego es contratado por dichas entidades vía Código Laboral, con todas las consecuencias que ello conlleva en materia remuneratoria.

Otro caso crítico dentro de los estatutos especiales es el de la precaria vinculación de personas, mediando el contrato de honorarios regulado en el art. 10 del Estatuto Administrativo General (Ley N° 18.834), cuya cobertura solo puede ser mediante el recurso de protección.²⁴³

²⁴² *Ibidem.* p. 13.

²⁴³ Sala Especializada en lo Laboral de la Excelentísima Corte Suprema en el fallo del Recurso de Unificación de Jurisprudencia Rol N° 8118-2011 precisa en el 8° considerando de su Sentencia de Reemplazo que: “debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo”, cerrando, de paso, indirectamente la puerta de la

Asimismo, en entidades como SERCOTEC, la jurisprudencia administrativa ha señalado²⁴⁴ que no forman parte de la Administración del Estado, no obstante, de extenderse a los empleados de este tipo de entidades la aplicación de ciertos principios como el de probidad por realizar funciones públicas²⁴⁵.

En el caso de CONAF, han existido pronunciamientos de parte de la CGR relativos a los estipendios que a cargo de dineros fiscales deben remitirse al pago de empleados de dicha institución y la competencia para conocer de estos asuntos, que corresponde a la Dirección del Trabajo²⁴⁶. Lo mismo en

Tutela jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, porque no se considera la controversia como una “cuestión laboral”.

²⁴⁴ Dictamen N° 35.711 de 2010 dictado por Contraloría General de la República.

²⁴⁵ En este sentido, en dicho informe se plasmó que al discutirse las mociones parlamentarias que originaron la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, específicamente en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó expresa constancia que desempeña “funciones públicas cualquier persona que cumple una actividad pública en procura de un interés general, por lo que tales expresiones no se reducen únicamente a quienes revisten la calidad de empleados públicos sometidos al Estatuto Administrativo. Además la ley N° 18.575, en su art. 52, inciso primero, se pronuncia en términos igualmente amplios al prescribir que las autoridades de la Administración del Estado – cualquiera sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa. También cabe añadir que de la iniciativa presidencial que dio origen a la ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa –contenida en el Mensaje N° 392–330, de 12 de enero de 1995, que incorporó el Título III a la citada ley N° 18.575, denominado, precisamente, “De la Probidad Administrativa y donde se encuentra el aludido artículo 52–, aparece el innegable propósito de extender el ámbito de aplicación del señalado principio a todo el que ejerza una función pública, de cualquier naturaleza o jerarquía, en cualquiera de los organismos o entidades de la Administración del Estado.

²⁴⁶ En el Dictamen Rol N° 70037, de fecha ocho de noviembre de 2011, la CGR señala que en esta oportunidad, el ocurrente expresa que esta entidad de Control no tiene facultades para referirse al régimen de remuneraciones del personal de CONAF, cuestión de competencia de la Dirección del Trabajo, la que sobre la materia ha resuelto, a través del ordinario N° 4.079/065, de 2010, que a los directivos de dicha corporación les corresponde percibir el estipendio comprendido en el artículo 4° de la ley N° 20.300 como en forma permanente, por la sola circunstancia de haber sido designados en las respectivas funciones. En el fallo se estipula que a quien le corresponde pronunciarse sobre el régimen laboral de los empleados de CONAF es a la Dirección del Trabajo.

materia de reclamaciones y procedimientos sancionatorios²⁴⁷.

Al respecto, cabe manifestar que de acuerdo a la jurisprudencia administrativa que emana de la CGR, el órgano contralor carece de competencia para pronunciarse sobre el asunto planteado, por cuanto el control del régimen jurídico y de remuneraciones del personal de la mencionada CONAF corresponde a la Dirección del Trabajo, atendida la circunstancia de que se trata de una entidad de derecho privado, que no integra los cuadros de la Administración²⁴⁸. Este dictamen también señala que, tal como lo ha precisado una reiterada jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 24.058, de 2007 y 14.089 de 2009, la aludida institución mantiene la indicada calidad, mientras no se dicte el decreto supremo que ordene su disolución y posterior transformación en una corporación autónoma estatal, como lo establece el artículo 19 de la ley N° 18.348, que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables.

²⁴⁷ En el dictamen Rol N° 31269 de fecha 11 de julio de 2010, se dirige a la CGR una trabajadora de la Corporación Nacional Forestal, para reclamar en contra del procedimiento aplicado para imponerle una amonestación y por el trato laboral, en su parecer indebido, recibido por parte de la jefatura que menciona. Al respecto, cabe manifestar que, de acuerdo con lo informado en el dictamen N° 1.201, de 2004, la CGR carece de competencia para pronunciarse sobre el asunto planteado, por cuanto el control del régimen jurídico y de remuneraciones del personal de la mencionada Corporación corresponde a la Dirección del Trabajo, atendida la circunstancia de que se trata de una entidad de derecho privado.

²⁴⁸ Dictamen N° 1.201 de 2004.

En referencia a la contratación de personal en entidades tales como corporaciones municipales²⁴⁹, o fundaciones tales como Fundación Integra²⁵⁰, Fundación de la Familia, Fundación PRODEMU, Chilenter, Artesanías de Chile, Orquestas Juveniles y Tiempos Nuevos, esto se hace mediante el régimen de derecho laboral. En consecuencia se presentan conflictos que se traducen en demandas laborales y en paralizaciones que afectan el funcionamiento de estas

²⁴⁹ El 10 de Julio del presente año en el Dictamen N° 52.865 se ha dirigido a Contraloría General el abogado secretario de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, solicitando una fiscalización respecto de la contratación de personal extranjero ingresado ilegalmente al país, por parte de la Corporación Municipal de Deportes de La Pintana. Sobre el particular, cabe recordar que dichas entidades creadas al amparo del artículo 129 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, destinadas a la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo, son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, constituidas de acuerdo al Libro I, Título XXXIII, del Código Civil. En razón de lo anterior, esta Contraloría General solamente se encuentra facultada para fiscalizar a tales entidades en lo que se refiere al uso y destino de sus recursos, sea que estos provengan de subvenciones y aportes fiscales otorgados por ley a título permanente o de ingresos propios obtenidos por cualquier vía, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de este Organismo de Control, y 136 de la citada ley N° 18.695 (aplica dictamen N° 2.891, de 2013).

En dicho contexto, es dable precisar que corresponde a la Dirección del Trabajo la fiscalización de las relaciones laborales existentes al interior de las entidades en cuestión -esto es, el conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan a empleador y trabajador, generador de derechos y obligaciones recíprocos-, de manera que tal organismo es el competente para conocer y pronunciarse acerca de eventuales irregularidades en relación con las mismas (aplica el criterio contenido en los dictámenes N°s. 12.928 y 80.445, ambos de 2012).

²⁵⁰ En el Dictamen N° 80.187 de fecha 05 de septiembre de 2013 se ha dirigido a la CGR la Diputada señora Adriana Muñoz D'Albora, solicitando un pronunciamiento sobre la legalidad y procedencia del aumento de remuneraciones que se habría acordado en los últimos meses para los directivos de Fundación Integra. Por su parte, la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, prescribe, en sus artículos 5°, 6° y 9°, en lo que interesa, que corresponderá exclusivamente al Contralor informar, por medio de dictámenes, sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen. Precisado lo anterior, corresponde hacer presente, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de este Organismo Fiscalizador, entre otros, en los dictámenes N°s 20.711, de 1994; 40.133, de 2011 y 74.876, de 2012, que la entidad es una persona jurídica de derecho privado y, en consecuencia, quienes trabajan allí son empleados particulares, por lo que el conocimiento del asunto planteado compete a la Dirección del Trabajo (se aplica el criterio contenido en el dictamen N° 42.433, de 1994, de este origen).

entidades que satisfacen intereses públicos; pues si bien, como se señaló se rigen por el Código del Trabajo, no tienen los mismo derechos colectivos que los trabajadores particulares. En efecto, el artículo 304 inc. 3º establece que:

"No podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos hayan sido financiados en más del 50% por el Estado". O sea son contratados como trabajadores de la empresa privada, pero sus derechos dependen de la actitud positiva del Estado, y sin embargo no se les trata como trabajadores dependientes del Estado"²⁵¹

Para el profesor Román Cordero, de la aplicación del derecho laboral, "se sigue, por ejemplo, que sí pueden sindicalizarse, negociar colectivamente y, en principio, declararse en huelga, salvo que se entienda que tales corporaciones o fundaciones "atiendan servicios de utilidad pública, o cuya paralización cause grave daño a la salud, la economía del país, el abastecimiento de la población o

²⁵¹ En el 2013, más de 11 mil funcionarios de Fundación Integra paralizaron sus actividades, previo a la discusión presupuestaria. Se reclamaba la desigual situación que tienen frente al sector público, pues Fundación Integra es una entidad público privada, donde los trabajadores se rigen por el Código del Trabajo, pero sin derecho a negociar colectivamente ya que dependen de la discusión presupuestaria. Mientras, el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, por citar un ejemplo, se rigen por el Estatuto Administrativo, sin derecho a huelga y con un altísimo grado de inestabilidad laboral, ya que la mayoría están bajo la figura del contrato a honorarios, mientras otra parte está "a contrata" (con renovaciones de contrato a plazo fijo y un reducido grupo es "de planta").

a la seguridad nacional”, al tenor de lo preceptuado en el artículo 19, N° 16, inciso 5º, de la Constitución Política.²⁵²”

1.2.1. Laboralización de la función pública en Chile

Un fenómeno intrínsecamente asociado a la huida del Estatuto Administrativo es la “laboralización de la función pública”, configurada como una consecuencia del conflicto permanente de la administración entre las fronteras de lo público y lo privado, ya bastante difuminadas, y su constante huida de la criticada rigidez del Estatuto Administrativo.

En principio, entendemos que, según la doctrina clásica, en virtud de la naturaleza excepcional del régimen de la Administración Pública quienes se encuentran sometidos a ella deben hacerlo mediante una normativa especial, a saber, el Estatuto Administrativo. Esta idea se encuentra sujeta a presiones de cambio que provienen de dos tendencias distintas; por una parte, la visión gerencial imperante en las reformas del sector público llamada la nueva gestión pública; por la otra, la tendencia llamada laboralización de la función pública. La primera busca superar el modelo burocrático de Weber, y reemplazarlo por un modelo de gestión basado en resultados, que se encuentra en constante

²⁵² ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. Cit. p. 299.

evolución y aplicación a nivel comparado²⁵³.

Esta idea de laboralización de la función pública, que es el contrapunto del proceso de huida del Estatuto Administrativo, pero en materia iuslaboralista, ha tomado impulso sobre la base de la conquista de una serie de derechos laborales colectivos por parte de los funcionarios²⁵⁴. Esta visión ha implicado un retroceso del derecho administrativo, pero no ha significado la total eliminación de la regulación administrativa de los empleados públicos por la tutela del derecho del trabajo. Esta tendencia laboralizadora, junto a los cambios en la descentralización y expansión de la Para-Administración, ha desembocado en la normalización de la contratación de personal bajo el régimen laboral en entidades que por su naturaleza ejercen actividades de interés general, como sucede con las entidades en estudio. Además es visible que los funcionarios

²⁵³ La Nueva Gestión Pública va dirigida a mejorar la actuación de su gobierno y sus gerentes, por ende implica poner un especial énfasis en la gestión por encima de las políticas; en organizar el gobierno en grupos de agencias y de departamentos, más que en pirámides tradicionales y jerarquizadas; en la adopción de toma de decisiones estratégicas y orientadas a la obtención de resultados y medidas de mejora de la calidad; en recortar los gastos en vez de crear nuevos; en una mayor flexibilidad; en una mejora de la eficiencia en la prestación de servicios públicos; en la promoción de la competencia en el ámbito y entre organizaciones del sector público. MARTÍNEZ PUÓN, Rafael. Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Latinoamérica: buenas y malas noticias. *Revista enfoques*, Segundo semestre, año/vol. VI, N° 009. Universidad Central de Chile, Santiago, Chile.pp. 127-143. Para una revisión más exhaustiva de la aplicación de esta tendencia de gestión pública a nivel comparado consultar SÁEZ DE GUINOA, José María Recio. "Nuevas perspectivas en los sistemas comparados de carrera funcional. Revista Aragonesa de Administración Pública. N° 38, año 2011.

²⁵⁴ Esto ha contribuido "al desdibujamiento de los límites entre ambos sectores, y por derivación, en la aplicación de la normativa del Derecho público y del Derecho privado. Esta frontera enrarecida ha llevado a algunos a decir que no existe diferencia alguna entre uno y otro ámbito. En materia de empleo, la consecuencia lógica de la premisa anterior es que los funcionarios del Estado no tendrían ninguna diferencia con los empleados en el sector privado, por lo tanto, el conjunto de normas que los regule debería ser el mismo". BINDER ROSAS, Jaime. La laboralización de la Función pública y la nueva gestión pública. Boletín Oficial. Dirección del Trabajo, Julio 2002. p. 14 y ss.

públicos en pos de la consecución de mayores derechos laborales también presionan para que éstos sean regidos por el Código del Trabajo manera flexible y por ende sujetarse a la legislación laboral²⁵⁵.

Asimismo, según la doctrina, puede entenderse el fenómeno de la laboralización de la función pública en diferentes sentidos, a saber, en un sentido fuerte consiste en el total sometimiento a la normativa laboral por parte de los empleados estatales. Es decir, consiste en regular a todos los trabajadores, sean del sector público o del sector privado, a una sola normativa, la del derecho del trabajo. En un sentido débil, la laboralización de la función pública consiste en la progresiva utilización de normas e instituciones propias del derecho laboral, pero sin que exista una total "huida del derecho administrativo".

De esta forma, la laboralización es intrínsecamente contrapuesta a la tradicional forma de entender la función pública, que supone como factores principales que el funcionario público ingresa de manera permanente a la Administración Pública, a cambio de una determinada remuneración y es considerado como parte de la misma organización a la que sirve.²⁵⁶ Esta laboralización en sentido débil se puede observar en el impulso de la aplicación de técnicas pro laboral en el sector público, derivadas de las reivindicaciones de los propios funcionarios o de la sensibilidad de los gobiernos para otorgar

²⁵⁵ *Ibidem.* p.13.

²⁵⁶ *Ibidem* p. 14 y ss.

ciertos derechos laborales en este ámbito. Esta tendencia es una atenuación de la aplicación de normas estatutarias versus la cobertura del régimen laboral en pos de una mayor protección a ciertos derechos de los funcionarios públicos.

La segunda opción es mirarla desde aquellas entidades, como corporaciones y fundaciones privadas creadas por iniciativa pública, cuyos empleados ejercen actividades administrativas o de interés general, pero que se encuentran sometidos plenamente a la legislación laboral.

Lamentablemente esta tendencia no tiene mayor desarrollo jurisprudencial ni doctrinario en nuestro país, salvo en materias específicas de contingente discusión judicial²⁵⁷.

²⁵⁷ En este sentido, en relación a la aplicación de técnicas de derecho laboral a los funcionarios públicos, cabe acotar que en la actual legislación vigente, tiene gran importancia la regla contemplada en el inc. 3º del art. 1º del Código Laboral, que hace aplicable supletoriamente sus normas en la Administración Pública cuando no haya oposición o incompatibilidad con las disposiciones estatutarias administrativas, lo que por la doble condición sustantiva y adjetiva del Código Laboral abre la posibilidad de ventilar vulneraciones a garantías constitucionales en el ámbito del sector público por medio del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

En esta materia coexisten diferentes visiones jurisprudenciales en Tribunales Laborales, en materia de aplicabilidad del mismo en relaciones del sector público: i) Por un lado, la que en materia de Derechos Fundamentales sostiene que, por aplicación del principio de no discriminación, al no contemplarse un procedimiento especial de Tutela de esta categoría de derechos, debe aplicarse el procedimiento de los Artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo como Derecho Común Laboral; ii) una versión más formalista de lo mismo, que indica que en aplicación del inciso 3º del Artículo 1º del Código del Trabajo, el procedimiento de Tutela no siendo incompatible con los Estatutos Administrativos procede supletoriamente; y una tercera visión que es apoyada por la amplia mayoría de la Jurisprudencia de los Tribunales Laborales, en especial de las Cortes de Apelaciones, que sostenía la tesis “fiscalista”, a saber, señalando que los Tribunales Laborales no tenían jurisdicción ni competencia para conocer de los juicios por derechos fundamentales por no estar contemplados expresamente los funcionarios públicos como sujetos de esa especial protección. Ver Ciudadanía Laboral en la Administración Pública: el caso de los Contratos a Honorarios. Profesor guía Eduardo Caamaño. p.7.

1.2.2. Laboralización de la función pública en el derecho comparado.

A nivel comparado, esta flexibilización en materia contractual ha llevado en diversos niveles a la huida del derecho público para mirar hacia modelos de empleo público sometidos al derecho del trabajo.

En el caso de Italia, la naturaleza de la relación de la función pública es fruto del trabajo jurisprudencial. En esta línea luego de reiteradas revisiones y reformulaciones a la competencia de los jueces comunes en esta materia, la idea central que rige a la tutela jurisdiccional de la función pública subyace en que la especialidad del régimen del empleo público particular es en el estar

Un importante paso que viene a ser transformador es el Fallo del Recurso de Unificación de Jurisprudencia (RUJ) N° 10.972-2013 dictado por la 4ª Sala de la Corte Suprema de Justicia. En el caso se sostuvo una denuncia por vulneración de Derechos Fundamentales contra su ex empleadora (CENABAST), y en la sentencia de reemplazo se señaló que:

Considerando N° 12 que “revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo no se advierte que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo”. En los considerandos N° 14 y 15, respectivamente, cuando se señala que “el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también *trabajadores*, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo (...) se indica en el inciso tercero, “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código” y señalándose que “una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo”.

²⁵⁷ La Sala Especializada en lo Laboral de la Excelentísima Corte Suprema en el fallo del Recurso de Unificación de Jurisprudencia Rol N° 8118-2011 precisa en el 8° considerando de su Sentencia de Reemplazo que: “debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo”, cerrando, de paso, indirectamente la puerta de la Tutela jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, porque no se considera la controversia como una “cuestión laboral”.

insertada dicha prestación en el aparato administrativo y no en la cualificación de dicha prestación, la cual debe estar siempre subordinada a los intereses generales.²⁵⁸ No obstante, a partir de la reforma legal de 1993, se impuso la práctica laboralización de todo el empleo público cambiando su naturaleza estatutaria o unilateral para dar paso a la unificación del empleo público y del empleo privado en un solo régimen jurídico. De esta forma, el eje central de la reforma de los años 92'-93' es la reconducción de las relaciones de trabajo de los empleados de las administraciones públicas bajo la disciplina del Código Civil y del derecho común del trabajo.²⁵⁹

Existen también modelos mixtos como sucede con países como España, Alemania, Francia, Bélgica o la Unión Europea. En el caso particular de España, el proceso de laboralización de la función pública española se ha encuadrado por la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, en primer lugar, se establece un sistema básico de carácter funcionarial, pero que transita de un modelo cerrado al modelo norteamericano (descripción de puestos). En segundo término, la ley permite un régimen paralelo de derecho laboral. Es así como se puede distinguir en las Administraciones Públicas españolas a los funcionarios públicos de los denominados laborales²⁶⁰. En una visión más crítica de la reforma de la función pública Del Saz Cordero señala:

²⁵⁸ CORPACI, Alfredo. Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente. Revista de Documentación Administrativa N° 243. Función Pública y laboralización. p. 253

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 255.

²⁶⁰ Ver Binder Rosas, Jaime. Ob. Cit. p. 16. y Sáez de Guinoa, José María Recio, Ob. Cit. p. 306.

“... operada por dicha ley sobre la base de la exaltación de lo privado y la descalificación de lo público, ha venido a acabar de golpe con un modelo de más de un siglo de existencia a través de la doble estrategia de despublicar el régimen de los funcionarios, es decir, de la desvirtuación de los elementos propios del sistema cerrado de función pública, de un lado, y la admisión e incluso el fomento de la contratación laboral en la función pública, de otro. Por si ello fuera poco, el proceso de laboralización se ha visto agravado por la legislación sectorial que ha reconvertido al Derecho privado sectores enteros de actividad tradicionalmente sujeta al Derecho público. Pero lo más grave de la aplicación del Derecho laboral a la Administración pública es que se ha hecho sin ningún tipo de límites. A falta de previsiones normativas, la contratación laboral, lejos de limitarse a las funciones manuales y propias de oficios, o a las puramente instrumentales y de apoyo administrativo, ha incidido en los estratos superiores de la función pública, es decir, en la función directiva misma”²⁶¹.

Las consecuencias de la aplicación de este sistema mixto ha traído consigo una serie de problemas, lo que ha llevado a algunos ius-administrativistas a sostener una total vuelta al derecho administrativo. Por lo demás, el caso de los

²⁶¹ DEL SAZ CORDERO, Silvia. La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección. Revista de Documentación Administrativa N° 243. Función Pública y laboralización. p. 136.

entes privados instrumentales conlleva las mismas dificultades e irregularidades en su regulación que las presentes en estas entidades en Chile. En España a través de la Ley General Presupuestaria, a mediados de la década del noventa, se les impuso un régimen laboral para todo el personal de este tipo de entidades²⁶². El problema resultante de este proceso es que la “laboralización se ha afrontado sin reglas previas, sin límite alguno, ocurre que muchos de estos entes públicos cuyo personal ha sido convertido al régimen laboral tienen encomendado el ejercicio de funciones públicas y su ejercicio, por expresa prescripción legal, tiene que sujetarse al derecho administrativo”²⁶³.

En el caso francés, la naturaleza de la relación de servicio en Francia es la estatutaria o unilateral, derivada del funcionario público que presta sus servicios en un sistema cerrado de carrera. El personal al servicio de la Administración Pública, funcionario y contratado, continúa sujeto al derecho público. Es en virtud de los criterios jurisprudenciales del servicio público y las cláusulas exorbitantes que el personal contratado está sujeto en su mayoría al derecho administrativo, aunque esto suponga una menor protección social que la ofrecida bajo el régimen del derecho laboral.²⁶⁴ Paralelamente, además de los funcionarios, existen también agentes contratados por el Estado, a los

²⁶² Entre estos entes se destacaban: el caso del Consejo Económico y Social, del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, de la Agencia de Protección de Datos⁶⁹, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de los Entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. DEL SAZ CORDERO, Silvia. Ob. Cit. p. 161.

²⁶³ *Ibidem.* p. 161.

²⁶⁴ *Ibidem.* p. 136

cuales no se le aplica el Estatuto de la Función Pública ni el derecho laboral. De esta forma, el modelo francés se resiste a la tendencia laboralizadora; no obstante el Estatuto reconoce el derecho a la sindicalización y el derecho a participar a través de delegados en la organización y funcionamiento de los servicios públicos. Esta participación se hace en órganos previamente establecidos que solo tienen un papel consultivo. Existe, asimismo, una mayor cobertura en materia de derechos sindicales, mediante la participación a través de negociaciones salariales y respecto de la organización del trabajo con el gobierno.²⁶⁵

Toda esta aplicación del derecho laboral común al empleo público venía motivada por una visión excesivamente rígida de la regulación estatutaria funcional, frente al derecho del trabajo, más flexible y diversificado, originada, además, por la evolución en materia de políticas de gestión pública. No obstante, debe advertirse que estos cambios en la regulación funcional, cuya naturaleza esta cada vez más próxima al derecho de trabajo, se encuentra influenciada por el despliegue y aplicación de los dictámenes del derecho comunitario, cuya irregular materialización en los ordenamientos europeos conlleva a una creciente desregulación y desprotección en materia de garantías y estabilidad laboral.

²⁶⁵ BINDER ROSAS, Jaime. Ob. Cit. p.15.

2. Situaciones jurídicas anómalas.

2.1. La atribución de potestades públicas a entes privados: el caso de CONAF

La Corporación Nacional Forestal se creó en 1970 bajo el nombre de Corporación de Reforestación, por el Servicio Agrícola y Ganadero y el Instituto de Desarrollo Agropecuario, y, rigiéndose por las disposiciones del título XXXIII, del Libro I, del Código Civil. En 1972 se dicta la Ley N° 18.348 que reforma los estatutos de la Corporación incorporándose la CORFO y el CORA, pasando a denominarse Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables. Dicha ley modificó el estatuto jurídico de la CONAF, y en concordancia con lo establecido en los art. 6º, 7º, 38 y 65 de la Constitución, se indicó en su art. 1º que la forma jurídica de la entidad sería la de una institución autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. No obstante, se previno en el art. 19 de ese mismo cuerpo legal que “la presente ley (...), entrará en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4º o aquel mediante el cual apruebe su disolución”, hecho que no ha acontecido hasta la fecha.

En este sentido, CONAF continúa siendo una corporación de derecho privado rigiéndose por las normas contenidas en el Código Civil. El problema que se desprende de esta situación, como lo señaló el Tribunal Constitucional²⁶⁶, es que la CONAF, a pesar de su naturaleza jurídica privada, se le ha entregado “una activa participación y atribuciones específicas de carácter público, en todo lo relativo al control de la corta o explotación de bosques, al fomento de la forestación y a la fiscalización de la actividad forestal en Chile”²⁶⁷.

El conflicto que suscita aceptar a una corporación de derecho privado ejerciendo potestades públicas dice relación con el principio de legalidad al que debe sujetarse el ejercicio de estas facultades. Como se señaló en el capítulo anterior, al tratar la titularidad de potestades públicas, ésta siempre debe tener su origen o derivar de un status legal, es decir, de una norma previa, que además de configurarla, atribuya su titularidad. En consecuencia, se entiende que las potestades público-administrativas se entregan a CONAF para satisfacer los intereses públicos, siendo tal atribución de potestades, en sentido técnico, la concreción del principio de legalidad. El mecanismo de habilitación

²⁶⁶ Considerando 9° Sentencia Rol N° 1024-2008.

²⁶⁷ El fallo en comento destaca por hacer un análisis de los diferentes escenarios en que la naturaleza jurídica de la entidad en creación entra en discordancia con las potestades administrativas asignadas. De esta forma, en el considerando 16° se indica aquellos casos en que el TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de disposiciones legales que confieren a órganos privados, el ejercicio de potestades públicas, tales son por ejemplo el Proyecto de LOC de Municipalidades o el artículo 41 del proyecto de ley que creó el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. El Tribunal optó por resolver de similar forma a lo que se ha hecho con las corporaciones de educación municipal creadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Carta Fundamental, lo que aunque representa una anomalía como expresamente lo señala el fallo, ha tenido un reconocimiento expreso a su funcionamiento.

legal, es la vía mediante la cual el principio de la legalidad otorga facultades de actuación, apoderando a esta corporación para ejercer sus atribuciones.

El problema se basa en que CONAF no es un servicio público propiamente tal, no se encuentra dentro de las entidades que son parte, en sentido orgánico de la Administración del Estado según el art. 2º de la LOCBGAE, y la aplicación de normativa de derecho público como el Decreto Ley N° 1263 de 1975, Ley Orgánica de la Administración financiera del Estado, que le asigna para dichos efectos la calidad de organismo perteneciente al sector público, y del DL N° 249 de 1973, que establece la Escala Única de Sueldos y el DL N° 799 que regula el uso y circulación de vehículos estatales, entre otros, no los transforma en un órgano público. En consecuencia, es forzosa la atribución de potestades públicas, afirmación que concuerda con el principio de legalidad el cual delimita y señala que las entidades de la administración que no hayan sido creadas directamente por la CPR deben serlo por ley (art. 6º y art. 7º inc. 1º y 2º, art.38, art.62). Esta anomalía se ha tratado de subsanar al comprender a la CONAF dentro de aquellas organizaciones en que el Estado puede, según el art. 6º de la LOCBGAE, participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración, pero sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales; sin embargo, dicho precepto dispone expresamente que dichas entidades no podrán ejercer de forma alguna potestades públicas.

Para Raúl Bertelsen, autor de un Informe en Derecho en el que analiza la naturaleza jurídica y facultades de CONAF, ésta entidad no podría comprenderse dentro de la facultad otorgada por el art. 6º de la LOCBGAE, pues al ser una corporación de derecho privado, a pesar de estar formada por distintos órganos del Estado y colaborar con la administración, no puede ejercer potestades públicas. Para dicho autor, aun en el supuesto, equivocado a juicio a su juicio, de considerar que como parte de la Administración material o funcional del Estado, CONAF pueda ejercer potestades públicas, éstas sólo pueden emanar de una atribución legal expresa.²⁶⁸

En la misma línea Daniel Argandoña indica que las entidades en que el Estado participa y que no forman parte de su Administración no pueden emitir actos típicamente administrativos que tienen la cualidad de ser imperativos y que obligan unilateralmente a sus destinatarios; la razón de ello es que no pueden hacerlo porque “constituyen verdaderas asignaciones de poder y por eso se denomina potestades administrativas”.²⁶⁹

Sobre esta situación también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, el cual en el fallo Rol N° 1024-2008 respecto al Proyecto de ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, declara en el considerando 22º la constitucionalidad del mismo²⁷⁰, sin perjuicio de indicar la

²⁶⁸ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1992) "Informe en derecho: Facultades de CONAF y contaminación de aguas de un lago", en Revista Chilena de Derecho UC. Vol. 19, pp. 549-573.p. 551-552.

²⁶⁹ DANIEL ARGANDOÑA, Manuel. Ob. Cit.p.81.

²⁷⁰ “Considerando Vigésimo Segundo: Que, no obstante lo expresado, este Tribunal debe hacerse cargo de las exigencias de la seguridad jurídica frente a situaciones jurídicas

preocupante anomalía constitucional que representa la mantención de esta institución, toda vez que su naturaleza jurídica privada impide el ejercicio de potestades públicas.

Debemos prevenir que los argumentos esbozados por el TC al declarar la constitucionalidad del proyecto validan una situación jurídica que está en contraposición con el principio de legalidad, pues la CONAF es una entidad de derecho privado preconstitucional que ha perdurado hasta la actualidad y cuya principal tarea es administrar la política forestal de Chile y fomentar el desarrollo del sector, pero en tanto corporación de derecho privado, no cumple con los requisitos para ser considerada un servicio público, si bien en la práctica actúa como tal. Claramente, la entidad se puede encuadrar dentro de la Para-Administración del Estado como órgano creado por iniciativa pública para el ejercicio de una función administrativa, lo crucial es que, tal y como hemos establecido, su naturaleza jurídica le impide ser titular de potestades públicas y por ende afectar, mediando diversas técnicas administrativas, los derechos de los particulares; afectación que se ve reflejada en las facultades conferidas en

consolidadas y a derechos adquiridos por particulares al amparo de facultades legalmente ejercidas por la Corporación Nacional Forestal, a la vez que recordar la regla de interpretación constitucional según la cual frente a un acto del legislador regularmente materializado aun más si no ha sido impugnado, debe declararse su inconstitucionalidad únicamente si no existe ninguna interpretación posible que permite declarar su conformidad con la Constitución. Además, y como lo ha expresado en reiteradas oportunidades este Tribunal debe dictar sus decisiones atendiendo a la necesaria prudencia frente a los efectos que una declaración de inconstitucionalidad puede producir sobre situaciones jurídicas consolidadas y sobre el normal funcionamiento de las instituciones. En otras palabras, debe vitar que la declaración de inconstitucionalidad produzca efectos que puedan resultar aun mas inconstitucionales (Rol N° 616)”

el proyecto de ley sobre planes de manejo, permisos, y sanciones.²⁷¹ Cabe destacar el voto disidente de don Raúl Bertelsen Repetto, don Hernán Vodanovic Schnake, y don Jorge Correa Sutil, quienes señalan la idea de inconstitucionalidad de los preceptos del proyecto de ley cuestionado. Destacan en el considerando 7º de este voto, que:

“Un Estado de derecho tampoco es realizable si quienes ejercen potestades públicas no son autoridades investidas del modo prescrito por la Constitución y las leyes, si el modo o forma de actuar no se encuentra también regulado, si no tienen competencias específicas, definidas por el propio ordenamiento, y no capacidades para actuar en todo lo prohibido, como acontece en el derecho privado o si no quedan sujetas a responsabilidades públicas. Todo este estatuto sobre titularidad de quienes ejercen potestades públicas, competencia específica, transparencia de sus actos, responsabilidad por su accionar y demás análogas no es aplicable a los privados, precisamente porque no están

²⁷¹ De esta forma en su art. 4º establece la prohibición de corte de bosque nativo debe hacerse previo plan de manejo; en el art. 10º se le entrega la facultad para invalidar los actos administrativos que tiene CONAF si ha habido mala fe en la autorización en los planes de manejo, sin perjuicio de perseguir las responsabilidades civiles y penales que de ello se derive; la facultad de elaborar normas de tipo general (ver artículo 11) ; facultades para incidir de acuerdo al artículo 12º en la aprobación de modificación de planes de manejo; potestad sancionatoria por infracción a sus reglamentos (artículo 46) y la calidad de ministros de fe de sus funcionarios ante infracciones y la capacidad de pedir el auxilio de la fuerza pública (artículo 47).

capacitados para ejercer soberanía, no están autorizados a obligar coercitivamente sin el consentimiento del obligado”.

No obstante, para el profesor Román Cordero la titularidad de las potestades público-administrativas, en el caso de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, y específicamente en el caso de CONAF, se encuentra comprendida dentro de la expresión “organización básica de la Administración”, en virtud del art.38, inciso 1º, de la CPR. De esta forma, esta organización correspondería al legislador orgánico constitucional, y no a la Constitución. Para el autor, cuyo planteamiento coincide con la prevención expresada por el ministro Francisco Fernández en la sentencia Rol N°1024 del TC²⁷², esta materia se encuentra regulada en el art. 6º de la Ley N° 18.575, el cual precisa que las entidades que no integran la Administración, en las que ésta pueda tener participación o representación, no podrán ejercer potestades públicas. En consecuencia, señala que “tales potestades pueden ser atribuidas a una corporación o fundación de derecho privado, siempre que la

²⁷² Al respecto en la sentencia en comento, “se previene que el Ministro Francisco Fernández Fredes concurre a esta sentencia en el sentido de declarar la constitucionalidad de las normas que en ella se singularizan como de carácter orgánico constitucional, teniendo al efecto exclusivamente presente que, en su opinión, todo lo relacionado con la regulación de la organización básica de la Administración del Estado ha sido encomendado por el constituyente al legislador orgánico constitucional (artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental), por lo que no advierte inconveniente alguno en que una norma legal aprobada con el quórum respectivo y sometida al control pertinente de esta Magistratura, pueda conferir potestades públicas a una entidad de derecho privado, si bien integrada, como en este caso, por organismos que forman parte de la Administración Pública, haciendo excepción con ello a lo dispuesto con carácter general, pero en el rango exclusivamente legal, por el inciso segundo del artículo 6º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

excepción que esto representa a lo preceptuado en el artículo 6º, antes referido, se realice a través de una ley de igual rango, esto es, orgánico constitucional²⁷³.

La manifestación de los conflictos provocados por esta condición irregular de CONAF, conlleva al cuestionamiento de su actual normativa, pues si bien se trató de proveer de una nueva institucionalidad a la entidad, dicho proyecto no pudo ver luz durante el 2012 en el Congreso. Asimismo, en mayo del año 2013, en las discusiones del Senado relativas al Proyecto de Fomento Forestal que modifica y extiende el Decreto Ley N° 701 (específicamente los incentivos y bonificaciones establecidas en dicho cuerpo legal), quedó exteriorizada por gran parte de las ONGs e instituciones invitadas a realizar indicaciones al proyecto, la necesidad de crear una CONAF pública²⁷⁴ que se pueda hacer cargo del aumento en los fondos públicos destinados a su

²⁷³ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob.cit. p. 297.

²⁷⁴ En la Discusión de la Comisión de Agricultura Fundación Terram explicitó “la necesidad de definir cuál es el propósito de un nuevo decreto ley 701, su objetivo y la ganancia para el país, [...] Por otra parte, hizo presente que existen otras dificultades para este proyecto de ley como es la institucionalidad forestal pública, de la cual carece nuestro país. Recordó que la Corporación Nacional Forestal es de derecho privado y administra fondos públicos. Al respecto, hizo hincapié en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada con ocasión de la Ley de Bosque Nativo, en el año 2008, en la cual se establece que se debe tener una institucionalidad forestal pública y que no se aceptaría una nueva ley con estas características si no era una institución pública”. (p. 32) Esta preocupación también se reflejó en las intervenciones de los senadores Ruiz-Esquide, Horvath, Bianchi, y Quintana, en las cuales se presenta la necesidad de legislar sobre CONAF, mencionando que el actual Gobierno envió al parlamento, en enero del 2011, un proyecto de ley para crear la institucionalidad forestal pública, el cual fue rechazado por la Sala del Senado el año 2012. Informe de la Comisión de Agricultura, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre fomento forestal que modifica y extiende los incentivos a la forestación establecidos en el decreto ley N° 701. Boletín N° 8.603-01, p. 64 y ss. [disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8603-01].

ejecución y la atribución de nuevas potestades públicas que comprende dicha reforma.

Mientras tanto en el transcurso de la última década figuran una serie de irregularidades²⁷⁵ en la administración de CONAF, que han terminado en mediáticas solicitudes de investigación a la CGR y los correlativos informes y sanciones.

²⁷⁵ En el Dictamen N° 3.542 de 2010 la CGR ordena iniciar investigaciones sobre eventuales irregularidades administrativas en la Corporación Nacional Forestal de la Región Metropolitana. Graves son las medidas que indica disponer CGR por no cumplir con los procedimientos disciplinarios estipulados en el mismo reglamento de CONAF respecto a infracciones administrativas por la recaudación de fondos por concepto de talaje en la Reserva Nacional Río Clarillo que no fueron ingresadas en arcas públicas y que habrían sido distribuidas entre los funcionarios que se desempeñan en la misma reserva. Asimismo y en mérito de lo anteriormente expresado, CGR reconsidera el oficio N°6.760, de 2009, pues dichas irregularidades no han sido objeto de una investigación disciplinaria, por lo que instruye una investigación pertinente. Además se reconsidera el oficio N°53.162, de 2008, de este Órgano de Control, en orden a que, respecto de las circunstancias que permitieron la aprobación del proyecto ecoturístico Tienda de Abastecimiento Traiken, a desarrollarse en un inmueble de la corporación, así como la anulación del concurso para proveer el cargo de Jefe del Departamento Forestal de la CONAF de la Región Metropolitana, siendo que existían antecedentes suficientes que permiten presumir eventuales infracciones al ordenamiento administrativo y, en consecuencia, serán objeto de investigación en el proceso sumarial que el Organismo de Control instruirá sobre tales materias. Por lo demás, relativo a las denuncias sobre eventuales incumplimientos de los compromisos institucionales por parte de la CONAF de la Región Metropolitana, referidos al Plan Santiago Verde, así como las eventuales infracciones administrativas con ocasión de los otorgamientos de los permisos ambientales del artículo 102 del Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, también se incorporan al proceso disciplinario. Esta posición tiene como antecedente el Dictamen N° 9009 12 de marzo de 2001 del órgano contralor en el que estipula que la CONAF, es una corporación de derecho privado cuyo personal se rige por las normas del Código del Trabajo, y su presupuesto lo contempla la ley de presupuestos, el cual corresponde mayoritariamente al aporte fiscal. Por ende, la CGR “tiene competencia para fiscalizar a dicha entidad, conforme art.16 inc. 2 de ley 10336, pudiendo instruir sumarios en ella, de manera que el ámbito de competencia de Contraloría respecto de la institución es amplio y nada obsta a que determine si a su respecto existen hechos irregulares”.

Es posible revisar noticias en línea que dan cuenta de los hechos fundantes de estas denuncias <http://www.biobiochile.cl/2013/10/07/plan-de-arborizacion-un-arbol-un-chileno-es-denunciado-por-graves-irregularidades.shtml>.

2.1.1. CONAF y la compra del Helicóptero W3-A Sokol.

Paradigmático es el caso de la compra del helicóptero²⁷⁶ polaco W3-A Sokol en el año 2008, hecho que tiene su fuente de origen dos años antes, cuando la directora del organismo forestal, lanza un proyecto para adquirir y operar aeronaves propias, modificando la línea seguida hasta entonces por CONAF, que resolvía sus necesidades de medios aéreos mediante la contratación de los servicios de operadores privados. A esta licitación acudieron tres fabricantes, CONAF, en ese entonces, luego del respectivo estudio, optó por declarar desierta la licitación y abrir un nuevo llamado, pese a que el helicóptero ofrecido por la empresa PZL Swidnik sí se ajustaba a los requerimientos técnicos y financieros de la licitación. Este fabricante de origen polaco no quedó conforme con la situación, considerando que cumplía las condiciones para adjudicarse el contrato, elevó una presentación del caso ante la CGR.

Al resolver dicha presentación, la entidad, señala en una decisión a favor de la empresa, en su Dictamen N° 33622 de fecha 21 de julio de 2008,

²⁷⁶ Ver Informe Final de Contraloría General de la República, División de Auditoría Administrativa Área de Salud, Agricultura y Medio Ambiente N° 93, de 2011, sobre examen de cuentas a los gastos relacionados con la compra de un helicóptero y de servicios de transporte efectuados por la CONAF. Es posible revisar la noticia en <http://www.elmostrador.cl/pais/2012/10/16/irregularidades-en-licitacion-de-conaf-culminan-con-despido-y-acciones-legales/>.

argumentos que, a pesar de reconocer la calidad de corporación de derecho privado con participación y representación mayoritaria del Estado de CONAF, sujetan a la corporación a normativa de derecho público y por ende validan el ejercicio de ciertas atribuciones en los siguientes términos:

- 1) Es posible aplicar, según los estatutos y reglamentación orgánica de la misma Corporación, la ley 19886 sobre Contratación pública. Esto a pesar de que dicho cuerpo legal no sería aplicable a la Corporación Nacional Forestal, toda vez que el art. 1º de esa ley fija su ámbito de aplicación en los contratos que celebre la Administración del Estado en la que, según el art. 1º de la Ley N° 18.575 no está incluido la CONAF. Por lo demás, la corporación se encontraría sometida a la fiscalización de Contraloría conforme al art. 16 inc. 2 de la Ley N°10.336. Así, CONAF no debería haber declarado desierta la licitación convocada para la adquisición de un helicóptero conforme al art.9 de la ley 19886 sin haberlo hecho mediante resolución fundada.

- 2) Esta fundamentación es relevante, y no puede ser ejercida con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente ya que incide en el ámbito del desarrollo de actividades económicas a que alude el

art. 19 N° 21 de la Constitución y no podría invalidarse cuando el interesado ha cumplido dichas condiciones, sin perjuicio de la existencia de alguna causa fundada. Esta exigencia es aún más importante, considerando que CONAF es una entidad a través de la que, por la vía de su participación y representación mayoritaria, el Estado propende al cumplimiento de sus funciones.

Es notorio en este caso, que el dictamen asume una revisión del mérito²⁷⁷ de la decisión de declarar desierta la licitación, más que concentrarse

²⁷⁷ La jurisprudencia ha señalado la naturaleza del control de Contraloría relativa a los actos administrativos, reservado dicho control a uno de carácter formal sin que deba extenderse al mérito de las decisiones. Ver en Recurso de Protección Rol N° 4691-2007, 28/12/2007, Metrogas S.A. con Contralor General de la República, visto por la Corte de Apelaciones Santiago:

“Octavo: Que, a juicio de esta Corte, el control de legalidad que la Contraloría General de la República debe efectuar de los actos de administración es de carácter y naturaleza formal. En consecuencia, no puede entrar al análisis de aspectos sustantivos que han sido conocidos y decididos por órganos de la administración que se encuentran facultados legalmente para ello, más aún si la decisión se ha adoptado previo cumplimiento de los procedimientos legales que precisamente garantizan la transparencia y publicidad que requieren los actos de la administración. Una posición en sentido diverso conduciría a un Estado de incertidumbre jurídica, porque siempre existiría la opción que cualquier persona que se sintiere afectada por una decisión adoptada por un órgano de administración del Estado que se encuentra facultado legalmente para emitirla, podría recurrir a la Contraloría General de la República para obtener un pronunciamiento diverso sobre el fondo del asunto ya decidido, de tal manera que los particulares nunca tendrían la posibilidad de concretar negocios, no obstante que la autoridad competente hubiere emitido su decisión, en tanto el ente de control no dictamine sobre la materia;

Noveno: Que, además de lo anterior, resulta que aceptar la hipótesis que la Contraloría General de la República está autorizada para emitir un pronunciamiento de mérito sobre una materia decidida por un órgano competente y a requerimiento de particulares que pueden sentirse agraviados, se estaría afectando de modo directo la posibilidad de defensa de todos los involucrados en el asunto de que se trata, vulnerando el principio de defensa.

en si el procedimiento se había llevado a cabo cumpliendo lo dispuesto en la Ley N° 19.886 de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro de Servicios (Ley sobre Chilecompra), cuyas normas se aplican en razón de los Estatutos de CONAF. En este sentido, Contraloría se aleja de sus propias funciones fiscalizadoras, las cuales se traducen en el control jurídico y en el control contable, la primera a través del pronunciamiento sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicio, y la segunda a través del examen de los decretos de gastos, llevando la contabilidad de la nación, pero, principalmente, de los actos de la administración. Es decir, CONAF, al corresponder a una corporación de derecho privado creada por iniciativa pública, cuyos actos cumplen función administrativa, pero que no se sujeta a estos tipos de controles, debería ser esencialmente fiscalizada en conformidad al art. 16 de la Ley N° 10.336.

Los contratiempos en el proceso de licitación de compra helicóptero, llevaron a que CONAF pidiera a CGR la reconsideración del dictamen N° 33.622, de 2008, en el cual se concluyó que no se ajustaba a derecho la resolución N° 689, de 2007, que declaraba desierta la licitación, atendido lo cual esa entidad debía adoptar las medidas tendientes a regularizar dicha situación. La entidad contralora se manifestó en el dictamen N° 25.301 de fecha 14 de mayo de 2009, en la que señala que, al existir una nueva licitación, sería inoficioso disponer la rectificación de la mencionada resolución N° 689, de

2007, de la Corporación Nacional Forestal, que declaraba desierto el certamen en que incide el citado dictamen.

Finalmente se acordó la adquisición de un W3-A Sokol cuyo costo ascendía a 8,5 millones de dólares, arribando a Chile en abril del 2010. El problema y la razón de por qué después de su arribo quedó aparcado y sin utilizar, fue la no disponibilidad de tripulaciones calificadas para volar este aparato en Chile²⁷⁸. Esta complicación que provocó críticas políticas²⁷⁹, sumadas a la posterior investigación por irregularidades en la contratación del seguro del helicóptero²⁸⁰, conllevó a la decisión de enajenar el vehículo, en vista del alto costo de operación y mantenimiento.

2.1.1.1. El dictamen N° 5.665 y la posición de Contraloría frente a la situación Jurídica de CONAF.

²⁷⁸ El contrato de compra del helicóptero incluía la capacitación de una tripulación chilena en Polonia, pero ningún piloto nacional se interesó en la oferta salarial de CONAF, entonces, la entidad decidió buscar tripulación en Europa, optando por contratar los servicios de dos pilotos españoles, a un costo de 6 mil euros por persona al mes. Informe Final Contraloría General de la República, División de Auditoría Administrativa Área de Salud, Agricultura y Medio Ambiente N° 93, de 2011, sobre examen de cuentas a los gastos relacionados con la compra de un helicóptero y de servicios de transporte efectuados por la CONAF.

²⁷⁹ Ver noticias relacionadas <http://www.biobiochile.cl/2011/03/07/el-helicoptero-de-conaf-que-nunca-debio-comprarse.shtml>; <http://www.elmostrador.cl/pais/2011/01/27/godoy-rn-recurre-al-cde-por-compra-de-helicoptero-sin-piloto-de-la-conaf/>.

²⁸⁰ En la tramitación de la licitación del seguro, surgió el conflicto debido a que el asesor contratado para dicha gestión estaba también contratado por la compañía de seguros Willis que ganó el proceso junto a la compañía de seguros Chartis. CONAF al enterarse del hecho, además de despedir al funcionario involucrado, anunció una nueva licitación e interpuso una demanda por indemnización de perjuicios en contra del asesor cuestionado. Se puede revisar <http://www.elmostrador.cl/negocios/2012/10/24/conaf-insiste-en-que-no-conocia-el-conflicto-de-interes-de-su-asesor-en-millonario-caso-helicoptero-y-lo-demanda-por-perjuicios/>. [consultado con fecha de 02/03/2014].

Asimismo, dentro de esta problemática, en el dictamen N° 5665 de fecha 23 de Enero de 2014, el Director Ejecutivo de la CONAF solicita la reconsideración del dictamen N° 1.291 de 2013, que le ordenó reabrir la “investigación interna” relativa al sobreprecio existente en contrataciones de seguros de aeronaves, debido a la falta de rigurosidad, a la gestión incorrecta de las mismas y otras faltas. CONAF se defendió indicando que si no aplicaron medidas disciplinarias fue porque se tomaron medidas para prevenir que las situaciones constatadas no volvieran a ocurrir y por la naturaleza de la relación laboral de sus trabajadores.

En este sentido se menciona que sus trabajadores se encuentran sujetos a lo estipulado en sus respectivos contratos de trabajo y a lo señalado en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad cuyo artículo 59 está en concordancia con los artículos 154, N° 10, y 157 del Código del Trabajo; por ende, la tramitación para hacer efectiva la responsabilidad laboral de sus subordinados no es la contemplada en el Estatuto Administrativo, sino que la prevista en el mencionado reglamento, que contiene sus propios plazos, diligencias y actuaciones que resguardan el principio constitucional y legal del debido proceso.

Lo interesante de este dictamen, es que expone un resumen de la posición expresada por el organismo contralor en relación a las principales características de esta corporación:

1.- El carácter de entidad de derecho privado que posee la CONAF, pero que, a su vez, mantiene una participación mayoritaria del Estado, opinión sostenida en numerosos fallos y en los oficios N°s. 55.383, de 2003; 15.851, de 2006 y 24.058, de 2007 de CGR.

2.- Por este carácter, CONAF se encuentra sometida a la fiscalización de la CGR con arreglo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 10.336, para cautelar el cumplimiento de los fines de estas entidades, la regularidad de sus operaciones, obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional, y así hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, lo que implica, incluso, la posibilidad de instruir sumarios en dicha corporación.

3.- No obstante, según los dictámenes N°s 46.965, de 2011 y 38.548, de 2013, entre otros, previenen, en armonía con el artículo 2° del decreto ley N° 1.263, de 1975 -Orgánico de Administración Financiera del Estado-, que la CONAF se encuentra dentro de las instituciones que conforman el sistema de administración financiera del Estado, razón por la cual para efectos de los “procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos estatales”, se entiende como integrante del “sector público”, debiendo añadirse que su ‘presupuesto’ es aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos de ese sector, lo que corresponde a la partida del Ministerio de Agricultura.

4.- Que CONAF, según la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 40.405, de 2011, entre otros, ejerce “funciones públicas²⁸¹” que le han sido otorgadas por diversos cuerpos legales, por lo que se encuentran sometidos a las disposiciones del Título III “De la Probidad Administrativa”, de la ley N° 18.575 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, lo que debe entenderse en concordancia con lo preceptuado en el inciso primero del artículo 8° de la Carta Fundamental. Además en virtud del art. 2° de la Ley de Transparencia, le es aplicable esta normativa al estar comprendido entre aquellos “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”.

Cabe señalar que la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores se ha manifestado en concordancia con la jurisprudencia administrativa al reconocer el carácter atípico de la CONAF y la titularidad de funciones públicas²⁸².

²⁸¹ Al respecto, y de conformidad con los dictámenes N°s 73.040, de 2009 y 39.453, de 2010, realiza “funciones públicas” toda persona que cumple una actividad pública en procura del interés general, sin que tal expresión se reduzca únicamente a quienes revisten la calidad de empleados públicos sometidos al Estatuto Administrativo.

²⁸² Así en el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, 17/11/2010, Rol N° 1078-2010, en su considerandos 4° y 5°, sentencia que, conforme al DS N° 728 de 1970 del Ministerio de Justicia, la CONAF es una persona jurídica de derecho privado, que por lo mismo no integra formalmente la administración pública o del Estado, constituyendo un organismo técnico asesor de este (considerando 4°), y que, sin perjuicio de lo anterior, es innegable que el decreto ley N° 701, de 1974, cuyo texto definitivo fue fijado por el decreto ley N° 2.565, de 1979, y modificado

2.1.2. CONAF y la compra de aviones Dromader.

Existen situaciones, no obstante, en que las entidades fiscalizadoras administrativas y los tribunales de justicia no logran conciliar posiciones. Un caso destacado fue el de la procedencia de la compra que la Corporación Nacional Forestal hizo de tres aviones Dromader Polacos, para combatir incendios forestales, y de la consecutiva legalidad de la licitación pública denominada "contratación de los servicios para el combate de incendios forestales, temporada 2006-2007", y el cuestionamiento sobre si se encontraba habilitada constitucional y legalmente para realizar actividad empresarial o comercial.

Contraloría, ante la consulta, señaló en el dictamen N° 14797 de fecha 03 de abril de 2007, que se encontraba impedida de intervenir e informar sobre los asuntos que se encuentran sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, y en este caso constaba que las empresas demandante Inversiones Aéreas Patagonia Ltda. y Aerozonal S.A., participaron en la indicada licitación, y habían interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, recursos de

por la ley N° 19.561, otorga a CONAF "específicas atribuciones de carácter público, en todo lo relativo a la calificación de terrenos de aptitud preferentemente forestal, al control y fiscalización de la corta o explotación de bosques de pino y eucaliptos, al fomento de la forestación y a las actividades de recuperación de suelos degradados". Por lo mismo es indudable que no obstante su *"naturaleza atípica tiene a su cargo la gestión de una actividad de servicio público, creado a iniciativa del Estado para satisfacer una necesidad pública de carácter técnico"*, cual es llevar a efecto la labor de fiscalización de la legislación forestal ambiental vigente en nuestro país y que sus empleados son funcionarios públicos desde una perspectiva funcional en cuanto cumplen una función o cargo público, con prescindencia de la naturaleza del vínculo que lo ligue con el organismo en el que se desempeña (considerando 5°).

amparo económico, habiéndose rechazado el primero de ellos por fallo unánime de la Cuarta Sala de dicho Tribunal, pronunciamiento que fue confirmado por la Corte Suprema. Indicó además que el asunto en cuestión estaba siendo conocido tanto por los tribunales superiores de justicia como por el Tribunal especial de Defensa de la Libre Competencia, puesto que la sociedad Helicópteros del Pacífico Limitada, con fecha 12 de enero de 2007, había presentado una demanda en su contra por infracción a la libre competencia, ante este último. Lo relevante de estas decisiones es que, sin perjuicio de la nueva tutela que le da al derecho constitucional contenido en el art.19 N° 21 de la CPR resguardado no tan sólo por el recurso de protección sino que también por la acción de amparo económico y ahora por el TDLC, se refiere y cuestiona, no en su naturaleza y origen, a las potestades públicas otorgadas a CONAF y la eventual actividad económica que pueda llevar a cabo en el ejercicio de sus atribuciones.

En lo que compete a este trabajo, cabe señalar que en sede judicial se rechazaron ambas acciones de amparo y la Corte de Apelaciones de Santiago en Inversiones Aéreas Patagonia Ltda. con CONAF en el fallo Rol N° 6594-2006 del 26/01/2007, sin profundizar sobre la naturaleza de la corporación, señala que:

“Que la CONAF que tiene dentro de sus objetivos la prevención de incendios forestales, ha constituido para ello toda una organización a

lo largo del país con ese fin. Así se han constituido brigadas que con medios humanos y vehículos terrestres, concurren al lugar del siniestro para apagarlos, sea que este se haya originado en predios propios o de terceros particulares. (Considerando 9º)

Que el ofrecer a toda la comunidad nacional ahora un combate al fuego no solo de la manera antes descrita sino que también mediante aviones cisternas propios, sin que por ello se cobre absolutamente nada, no la convierte en una actividad empresarial. Por el contrario, constituye una prolongación y mejor forma de combate al fuego que ya realizaba, ahora por medios de mayor alcance y amplitud (considerando 10º).

Que el Estado busca por finalidad el bien común de las personas, y entregar gratuitamente un servicio de combate de incendios forestales no puede ser considerada una actividad empresarial, puesto que no hay en este caso un riesgo ni un lucro, puesto que el servicio se entrega sí o sí a todo aquel que lo necesite sin que se le cobre por ello (considerando 11º)”

A su vez, ante el TDLC se alegó que CONAF y al Ministerio de Agricultura han ejercido conductas de competencia desleal consistentes en participar como oferente de servicios aéreos de extinción de incendios sin contar con la habilitación legal necesaria, bajo condiciones más favorables que el régimen

común aplicable a las empresas privadas –igualmente sin contar con una ley de quórum calificado para ello– y, por otra parte, haber obtenido información confidencial de sus competidores mediante una licitación que luego fue declarada desierta. En su sentencia N° 67-2008 el TDLC, en la misma línea que la jurisprudencia citada, señaló en su considerando 42° que desde la perspectiva de la libre competencia, no cabe reprochar a CONAF que haya adquirido aviones y helicópteros para la extinción de incendios forestales en los predios bajo su administración, y que haya decidido no subcontratar estos medios con operadores privados, pues ello forma parte de la libertad de todo agente económico para contratar o no de terceros los bienes y servicios que requiere para el cumplimiento de sus fines. El tribunal señala en el considerando 44° la importancia de la participación de CONAF, ya sea directamente o contratando servicios de terceros, en la extinción de incendios en predios públicos, y también en predios privados para maximizar el bienestar social, por lo que parece justificable la intervención subsidiaria del Estado en estas materias, siempre y cuando se garantice que los particulares también puedan hacerlo en la mayor medida posible. Por lo mismo dados estos argumentos el Tribunal desestimó la imputación de conductas predatorias por parte del demandado.

Hasta este punto se encuentran conformes ambas decisiones, no obstante, al tratar sobre las imputaciones por competencia desleal el TDLC dispone que

CONAF, “*como organismo que ejerce funciones públicas, realiza una actividad empresarial y ha establecido precios por los servicios de extinción aérea de incendios que realiza, al menos respecto de las empresas forestales con las que ha suscrito convenios*” (considerando 48º). En consecuencia, el TDLC incluye a CONAF dentro de los organismos públicos en su considerando 59º para señalar que, si bien resulta entendible que estas entidades en ocasiones actúen con extremo celo en el cumplimiento de sus funciones, ello no puede justificar la infracción de las restricciones constitucionales y legales establecidas respecto de su participación en actividades económicas. Por ende, en su apartado final, si bien rechaza la demanda interpuesta, realiza una prevención a la Corporación Nacional Forestal para que, en tanto no se dicte una ley de quórum calificado que la autorice a prestar el servicio aéreo de extinción de incendios forestales a terceros como actividad empresarial, no podrá prestar dichos servicios en forma remunerada respecto de predios que sean distintos de aquellos que administra.

Es decir, existe una dicotomía entre ambas sedes, sin perjuicio que en ninguna de las dos se advierte una profundización sobre el carácter y la naturaleza jurídica de CONAF y la problematización de la falta de una nueva institucionalidad, pues se le asigna el rol de un organismo público o de una entidad que ejerce funciones públicas sin ampliar el análisis. De ahí la

importancia para el TDLC de que si no se dicta una ley de quórum calificado se estaría infringiendo el art. 19 nº 21 de la CPR.

El problema y, la disconformidad entre las decisiones, se suscita porque la CONAF, en principio, es sólo una corporación de derecho privado en la que el Estado tiene participación mayoritaria por lo que si va a realizar actividades empresariales y no forma parte de la Administración, podría hacerlo según el art. 6º de la LOCBGAE, sólo en virtud de una ley que lo autorice y de quórum calificado; siempre y cuando no ejerza de forma alguna potestades públicas. Es decir, existe una evidente inconsecuencia entre la anacrónica regulación de CONAF, que como entidad de derecho privado no le permite ejercer potestades públicas y la atribución actual de las mismas, cuyo ejercicio genera este tipo de decisiones disímiles.

Es imperativo reformar CONAF y dotarla de una nueva institucionalidad que permita reconocer la atribución de potestades públicas, junto con los consecutivos niveles de responsabilidad y transparencia que un órgano estatal debería mantener, evitando de esta forma la huida del derecho, del control de gastos, del estatuto administrativo, que supone la irregular situación jurídica actual de esta institución y que la mantiene indemne ante el control ciudadano.

2.2. La actividad de fomento y la creación de corporaciones técnicas de derecho privado.

La huida del derecho administrativo y la correlativa elección de técnicas de derecho privado para llevar a cabo funciones administrativas tiene su origen en el desarrollo de la actividad de fomento del país, ítem tratado con mayor profundidad en el primer capítulo de este trabajo. Esta actividad de la Administración del Estado consiste en la entrega de incentivos por parte de ésta a los particulares, para obtener el desarrollo de una determinada actividad o prestación, que se considera de interés para estos y es realizada por ellos mismos. Dentro de la amplitud de fórmulas a que puede recurrir el legislador para la ejecución de esta actividad se encuentran las sociedades estatales, corporaciones de derecho público y de manera más subrepticia las corporaciones de derecho privado.

Principalmente en nuestro país la función administrativa de fomento se llevó a cabo mediante la Corporación de Fomento a la Producción o CORFO, directamente, y apoyándose a través de la denominada Administración Invisible del Estado.

Estos organismos se caracterizan por no estar sujetos directamente a la potestad del Poder Ejecutivo, sino sólo bajo su supervigilancia, mediando el ministerio o servicio público respectivo; por administrarse de forma independiente y porque dicho poder del Estado tiene, con respecto a estas

entidades, sólo facultades de autorización, orientación y aprobación; además del nombramiento de algunos de sus cargos, entre ellos el de Jefe Superior de Servicio o el nombramiento y representación de miembros en sus directorios.

El conflicto que se suscita con las diferentes entidades constituidas por iniciativa pública, específicamente por CORFO, dice relación con el ejercicio de actividades empresariales y la escasa regulación de la misma atribución de funciones y, a su vez, los problemas que surgen en el ejercicio de la potestad de organización, que los ha facultado para crear diversas filiales, y así ejercer funciones administrativas, evitando la respectiva circunscripción a la Administración del Estado. De esta forma, revisaremos los conflictos que han presentado algunas filiales de CORFO, como es el caso de SERCOTEC. Para ello, primero, dada la importancia de esta institución, abordaremos en términos generales su trayectoria, para después abarcar la creación de corporaciones técnicas en las que ha intervenido. Asimismo se enunciará brevemente la participación de CORFO en la creación de otras entidades que reflejan una clara huida del derecho administrativo y la correlativa problemática que esto representa para la institucionalidad.

2.2.1. Servicio de Cooperación Técnica

El Servicio de Cooperación Técnica, es una corporación de derecho privado creada por iniciativa pública, que cuenta con personalidad jurídica

concedida por el Decreto Supremo N° 3.483 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 27 de Agosto de 1955. Tal como lo señala su información institucional fue creado mediante la firma de un acuerdo cooperativo de asistencia técnica, al que concurrieron la CORFO, el Gobierno de Chile y el Instituto de Asuntos Interamericanos en representación del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica. Como entidad de derecho privado se encuentra regida por las normas del Título XXXIII Libro I del Código Civil sobre Corporaciones y Fundaciones, por sus propios Estatutos y por los acuerdos de su Directorio. En el art. 3º de sus estatutos se señalan sus objetivos principales los cuales son, principalmente, promover el desarrollo de las micro y pequeñas empresas y fortalecer la capacidad de gestión de sus empresarios; por lo demás, esta corporación se encuentra bajo la dependencia del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Como se trata de una corporación de derecho privado, las relaciones entre esta institución y sus trabajadores se rigen por las normas contenidas en el Código de Trabajo, en consecuencia no le son aplicables a éstos últimos las normas de la Ley N° 18.575.

Para Contraloría, el carácter de corporación de derecho privado ha sido establecido en diversos fallos, existiendo una amplia

y concordante jurisprudencia administrativa²⁸³, que ha dictaminado que SERCOTEC no es un servicio público, por lo tanto no se puede comprender como un órgano público del Estado; así como tampoco se encuentra dentro del organigrama administrativo como empresa, entidad, corporación o institución centralizada o descentralizada, según el art. 1º de la Ley Orgánica N° 18.575 de Bases Generales de Administración del Estado.

No obstante, SERCOTEC es considerado parte del sector público, para él solo efecto de la Administración Financiera del Estado, por así disponerlo el D.L. 1.263, en el que aparece expresamente mencionado como entidad afecta a

²⁸³ Respecto a la naturaleza jurídica del SERCOTEC se dispone en variados Dictámenes que constituye una corporación de derecho privado regida por normas del Título XXXIII Libro I del Código Civil. Ver Dictamen N° 81379 de fecha 23 de noviembre de 1976, Se puede revisar el Dictamen N° 97340 de fecha 29 de noviembre de 1972 en el que se devuelve resolución del Instituto CORFO del Norte que aporta suma, con cargo a su presupuesto, al SERCOTEC, pues dicho instituto carece de competencia para ello. conforme ley 16813 art. 5º, Decreto 1175 de 1968 art. 7º y Decreto 1175 de 1968 art.19º, pues solo le compete otorgar préstamos o aportes de fondos a organismos fiscales, semifiscales, de administración autónoma, universidades, y municipalidades de la zona y, el servicio beneficiario no posee ninguna de estas calidades por constituir persona jurídica de derecho privado, sólo integrante del sector público para efectos DL 1263 de 1975. En el Dictamen N° 81379 de fecha 23 de noviembre de 1976, en el cual se señala que el Servicio de Cooperación Técnica, se encuentra excluido del beneficio de la bonificación de mano de obra prevista en DL 889 de 1975 art. 10º, art. 21º y art.27º, ya que aunque constituye una corporación de derecho privado regida por normas del Título XXXIII Libro I del Código Civil, revistiendo, a su vez, su personal, carácter de empleados particulares, el Estado tiene una representación superior al 30 por ciento en su directorio. En el Dictamen N° 25367, de 30 de junio de 1980, se determina que corresponde a Dirección del Trabajo y no a Contraloría pronunciarse sobre régimen de remuneraciones de funcionarios de SERCOTEC, toda vez que este constituye una corporación de derecho privado. A su vez, en el Dictamen N° 22720 de 19 de julio de 1982 se hace un alcance relativo a que si bien SERCOTEC, integra, no obstante, el denominado sector público a que se refiere DL 1263 de 1975 y, además su personal esta afecto al régimen de remuneraciones del DL 249 de 1973. Se confirma esta decisión con el Dictamen N° 9490 de fecha 20 de marzo de 1996, en el que se señala que SERCOTEC, filial de la CORFO, es una persona jurídica de derecho privado, por lo que no forma parte de la administración estatal. por ello, sus empleados no están habilitados para hacer uso de feriado en una repartición de la Administración Pública, sino cuando acrediten fehacientemente que han servido efectivamente un empleo público por lo menos durante un periodo de un año.

dicho Decreto Ley. Por lo demás, toda legislación propia del sector público, que habiendo sido dictada con posterioridad al D.L. 249 de 1973, el cual fija la Escala Única de Sueldos para el Personal, hagan referencia expresa a las entidades que se encuentren regidas por dicho D.L., le serán aplicables a SERCOTEC, por encontrarse éste expresamente mencionado entre las entidades a las cuales les rige la normativa de dicho cuerpo legal.

El problema que se suscita tiene similares aristas al que se ocasiona con CONAF, toda vez que ambas son entidades, en cuyos estatutos se previenen sus fines de carácter público, pues brinda servicios para el desarrollo económico del país, puntualmente en la desarrollo del fomento productivo.

La ambigüedad que conlleva ser parte del sector público, respecto a su sujeción al D.L. 1263 de Administración Financiera del Estado y a la fijación de Sueldos para el Personal, según D.L. 249 de 1973, y normas posteriores y, a su vez, regirse por normativa de derecho privado, conlleva a la relativización sobre el control *ex ante* y *ex post* al que deben someterse sus operaciones. De esta forma, Contraloría mediante un control posterior, ha sentado jurisprudencia administrativa relevante sobre quienes deben ser los órganos a los que deben sujetar su accionar este tipo de entidades.

En relación a la aplicación del Decreto Ley N° 249, de 1974, que fija la Escala Única de Sueldos²⁸⁴, por disposición del artículo 17 del mismo Decreto Ley N° 249, de 1974, son aplicables a estas Instituciones también, las incompatibilidades establecidas en el decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, actual Ley N° 18.834, de 1989, que aprueba el Estatuto Administrativo.²⁸⁵

Respecto a la administración de los recursos que constituyen el patrimonio de la corporación, a éste se le aplican las siguientes normas propias del sector público: La Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro de Servicios (Ley Chilecompra), así como también el Decreto Ley N° 1263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, que incluyó expresamente al Servicio de Cooperación Técnica,

²⁸⁴ No obstante esta relación con la normativa de derecho público que rige el Estatuto Administrativo, la misma CGR en el Dictamen N° 25434 de fecha 05 de noviembre de 1985, ha confirmado que SERCOTEC, al revisar un convenio que realizaba ésta con CORFO, si bien integra el sector público para efecto del D.L. 1263 de 1975 y su personal está afecto al D.L. 249 de 1973, es una corporación de derecho privado, por lo que sus empleados, en caso alguno, pueden formar parte del personal de CORFO, por tanto, en el caso señalado no procederían extender ciertas franquicias que poseerían los funcionarios de CORFO a los funcionarios de SERCOTEC.

²⁸⁵ Según lo dispuesto por el artículo 28° del aludido Decreto Ley N° 249, de 1974, es aplicable, igualmente, a los trabajadores de esta entidad, el feriado legal a que tienen derecho los funcionarios públicos, el cual se rige por las normas establecidas en el artículo 88° y siguientes del decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, actual artículo 97° y siguientes de la Ley N° 18.834, de 1989. Además, en esta misma línea, son aplicables al Servicio de Cooperación Técnica, las Leyes N° 19.553 de 1998 que Concede Asignación de Modernización y otros Beneficios que indica, modificada por la Ley 19.882 de 2003 que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos donde se establecen, entre otras normas, disposiciones mediante las cuales se conceden algunos beneficios o incentivos. También les son aplicables la Ley N° 20.212 de 2007 que modifica las leyes antes citadas con el Objeto de Incentivar el Desempeño de Funcionarios Públicos; y la Ley 20.313 de 2009 que Otorga un Reajuste de Remuneraciones a los Trabajadores del Sector Público, Concede Aguinaldos que Señala y Concede Otros Beneficios que Indica.

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

considerándolo como servicio público para el sólo efecto de la aplicación de las normas sobre presupuesto, administración y operación de recursos económicos. Debido a ello SERCOTEC se encuentra sujeto a la fiscalización de la CGR, ya que la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de este órgano establece en su artículo 16 inc. 2º qué entidades se encuentran sometidas a su control.²⁸⁶

Ahora bien, en este contexto relativo a la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 18.996 y a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en el Dictamen N° 37.948 de fecha 28 de julio de 2004²⁸⁷, se disponen apreciaciones relevantes para la materia. La CGR, en principio, señala que SERCOTEC al no ser parte de la Administración del Estado, según el art. 1º²⁸⁸ de la mencionada ley N°

²⁸⁶ Así también lo encuentra afirmado la propia Contraloría en el Dictamen N° 7946 de fecha 25 de febrero de 2003, la cual señala que “En los mismos términos se dispone que el Servicio de Cooperación Técnica, como filial de la Corporación de Fomento de la Producción, en razón de su carácter de corporación de derecho privado, es una de aquellas entidades a que alude el inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República”.

²⁸⁷ A saber, en este caso, SERCOTEC solicitó a la CGR un pronunciamiento relativo a la regularidad de la decisión adoptada por la gerencia de esa entidad, en orden a invalidar la licitación pública a la cual convocara con el objeto de contratar la supervisión del Programa de Acceso al Crédito para Microempresas. El servicio manifiesta que dicha resolución se dictó de conformidad con las disposiciones pertinentes de Ley N° 19.880 que rige los Actos de los órganos de la Administración del Estado, y añade que la misma tuvo fundamento en la ocurrencia de diversas circunstancias que habrían afectado la transparencia del aludido certamen, durante el cual se habrían transgredido, además, las disposiciones de Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁸⁸ Artículo 1º.- Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

18.996, sus disposiciones no son aplicables a este servicio. Sin embargo, el servicio se encuentra sujeto al art. 21º de la Ley N° 19.886²⁸⁹, que prevé que los órganos del sector público que no se encuentran regidos por sus preceptos deberán someterse a las normas referidas a las compras y contrataciones por medios electrónicos y al sistema de información a que se encuentran sujetos los entes indicados en el art. 1º en relación con dichas operaciones; pero únicamente “con el objeto de suministrar la información básica sobre la contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento”, sin que corresponda que verifique sus compras y contrataciones a través del mecanismo regulado en esas normas.

Ahora, respecto de la Ley N° 19.880, los artículos 1º y 2º, precisan que sus disposiciones se aplican exclusivamente a los actos de la Administración del Estado, lo que se entendería taxativamente. En consecuencia, no procede que SERCOTEC invalide o revoque sus actos o procedimientos acorde reglas de la Ley N° 19.880, aceptando que el servicio es una corporación de derecho privado, por lo que sus decisiones son esencialmente actos jurídicos regidos por el derecho común, y emitidos por la autoridad corporativa facultada para ello en los respectivos estatutos.

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

²⁸⁹ Artículo 21.- Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento.

Huelga enunciar que el control *ex post* efectuado por la CGR, en virtud de lo dispuesto por el art. 16 de la Ley N° 10.336 es fundamental para fiscalizar el cumplimiento de los fines de este tipo de entidades. En ese sentido, la fiscalización que ha realizado la CGR a SERCOTEC ha tropezado con irregularidades, principalmente, relativas a la ejecución de actividades lucrativas²⁹⁰ y al control de los fines de su actividad. Estas irregularidades han llevado a incoar procedimientos para verificar la responsabilidad civil de los empleados y directivos de entidades privadas derivadas de irregularidades en el manejo de fondos públicos, lo cual se puede hacer efectivo a través del mecanismo del juicio de cuentas regulado en el Título VII de la misma ley N° 10.336.²⁹¹ La pregunta que surge al respecto es sí, dados estos casos en este

²⁹⁰ En el Dictamen N° 36256 de fecha 26 de noviembre de 1982, Contraloría se pronuncia en un similar caso al de CONAF, señalando que, si bien las corporaciones no pueden realizar actividades lucrativas, al tratarse de un convenio entre el Ministerio de Bienes Nacionales y SERCOTEC a fin de que este ejecute un proyecto de saneamiento de títulos de dominio en conformidad con D.L. 2695/7, esto tiende al desarrollo regional, y por lo mismo está dentro de finalidades de SERCOTEC establecidas en sus estatutos, razón por la cual puede realizar tales labores y recibir honorarios.

²⁹¹ En este último ítem, un caso relevante de mencionar, fue el de las asignaciones presupuestarias a SERCOTEC para cumplir con el proyecto llamado Universidad de la Vida. En el Dictamen N° 29655 de fecha 08 de junio de 2009, mediante oficio N° 8.081 de 2008, se remitió a Contraloría General, la solicitud del diputado señor Julio Dittborn Cordua, quien consulta si el convenio de colaboración suscrito entre el Gobierno Regional de Magallanes y la Antártica Chilena con SERCOTEC, para la ejecución del Programa Especial Universidad de la Vida, debió someterse al control previo de legalidad que la Constitución encarga a este Organismo de Control. Ya mediante el oficio N° 48.086 de 2008, la Entidad Fiscalizadora atendió la presentación del senador señor Jovino Novoa Vásquez, relativa a los fundamentos legales del pago efectuado a pensionados de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, por asistencia a cursos impartidos a través del "Programa Especial Universidad de la Vida". Dicho oficio señala que la Intendenta de la XII Región y la Directora Regional del Servicio de Cooperación Técnica suscribieron el 29 de julio de 2008, un convenio de colaboración y transferencia de recursos, por M\$2.383.260.- para generar un programa para la orientación, generación de competencias y financiamiento, a través de capital de riesgo y de ideas emprendedoras, denominado "Programa Especial Universidad de la Vida, Región de Magallanes y Antártica Chilena". Al investigar se determinó que dicho acuerdo estaba dirigido a un grupo de hasta 942 beneficiarios del programa -pensionados de la ex-Caja de Previsión de

tipo de entidades, ¿basta con el control de reemplazo efectuado por la Contraloría?

Al parecer, queda claro que, dentro de los mecanismos de control, es perentoria la reformulación de esta técnica de fiscalización y la circunscripción de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública- que cumplen funciones administrativas con fondos públicos-, a un marco más amplio dentro del control estatal.

Empleados Particulares, entre los años 1957 y 1977, que no habían percibido los beneficios del decreto ley N° 2.071 de 1977 no fue sancionado mediante acto administrativo. Dicho programa comprendía tres componentes: Entrenamiento para el emprendimiento y formulación de ideas emprendedoras; entrega de capital de riesgo como subsidio y, Auditoría de cierre del programa, sin que existiese un seguimiento del cumplimiento del programa por parte del servicio.

La Contraloría se pronuncia señalando que las resoluciones que dicte el aludido Servicio, entendida como corporación de derecho privado, para el cumplimiento de sus objetivos estatutarios, en la especie, la aprobación del convenio de colaboración para la ejecución del Programa Especial ya indicado, con cargo a sus recursos presupuestarios, se encuentran exentas del trámite de toma de razón, sin perjuicio de los controles de reemplazo a los que eventualmente se puede someter. Por lo tanto, este evidente aumento en las pensiones de los beneficiarios del programa, bajo la forma de un subsidio a los pensionados incluidos en el listado que entregara la Intendente de XII Región, habría tenido por finalidad compensar a aquellos pensionados que, en virtud de la derogación de la ley N° 12.855, dispuesta por el decreto ley N° 2.071 aludido, no impetraron el incremento en sus pensiones conforme lo establecido en el artículo 2°, de este último texto legal, procedimiento que vulnera el ordenamiento jurídico vigente, en particular los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, por cuanto el beneficio pecuniario otorgado a los beneficiarios del Programa Especial Universidad de la Vida, sólo ha podido operar en virtud de una norma legal expresa que lo autorice, toda vez que el derecho a solicitar el incremento de la pensión de jubilación o de sobrevivencia correspondiente, se encuentra prescrito por aplicación de las normas generales sobre la materia, contenidas en el Código Civil.

En el Dictamen N° 52655 de fecha 22 de agosto de 2011, la Contraloría Regional de Magallanes y Antártica Chilena consulta, en el marco de un sumario administrativo que instruye esa oficina en relación con las irregularidades por la implementación del Programa “Universidad de la Vida”, consulta a la CGR si la Directora Regional del SERCOTEC estuvo obligada a advertir y hacer presente que la ejecución de dicho programa en la región se apartaba de los objetivos de ese órgano, y si debía, por ende, responder por el daño provocado al interés público. CGR señala que la directora regional debió haber representado por escrito tal orden, ella es responsable de la pérdida o mala utilización de los recursos públicos a su cargo por haber dispuesto el pago improcedente del beneficio que contemplaba el programa objetado, por aplicación del citado artículo 64 de la ley N° 10.336.

2.2.2. SERCOTEC y su participación en corporaciones técnicas de derecho privado.

Dentro de las facultades que por estatuto posee SERCOTEC, el art. 3º señala en la letra h) que puede:

“Concurrir a la formación de organismos, entidades o sociedades que persiga fines análogos, sean nacionales, extranjeros o internacionales...”.

Ahora bien, la cuestión a desarrollar en este ítem, es si ¿es posible, dentro de lo estudiado en relación con la potestad organizatoria, que filiales creadas por entidades públicas, tengan la facultad de crear o integrar otras personas jurídicas de derecho privado, con similares características y atribuirles, a su vez, el cumplimiento de funciones administrativas?

Como señalamos en el tercer capítulo, la participación de los organismos estatales en entidades que no formen parte de su estructura, si bien ha sido prevista en diversas leyes, es excepcional, y exige la existencia de un precepto legal habilitante, y así lo dispone el art. 6º de la LOCBGAE.

No obstante, es posible comprobar que dada la extensión de la Para-Administración en nuestro país esta excepción no ha sido resguardada en su integridad. SERCOTEC, como corporación de derecho privado tiene según sus

estatutos la facultad para ser parte de otras entidades o participar en la creación de las mismas. Sin ir más lejos la corporación en comento participó en la creación de CIREN y del INACAP.

En principio, el Instituto Nacional de Capacitación Profesional (INACAP) se creó como filial de la CORFO, conformada por SERCOTEC, y cuyos estatutos fueron aprobados mediante el D.S. Nº 2.541, de octubre de 1966. El INACAP fue establecido como una corporación privada sin fines de lucro²⁹², en cuya dirección superior participaban, a nivel de su Consejo Directivo, la CORFO y el Servicio de Cooperación Técnica - SERCOTEC, como miembros cofundadores, además del Ministerio de Educación, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas, la Confederación de la Producción y del Comercio y el Sector Laboral. Tenía como principal misión incidir en mejorar la productividad de las empresas y el contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores del país, a través de la formación técnica y la capacitación profesional de las personas. El modelo institucional fue exitoso hasta que en los últimos meses de 1989 se produjo un cambio profundo en la misión, concepción, administración,

²⁹² La CGR debió pronunciarse para recordar la naturaleza jurídica de INACAP, así en el Dictamen Nº10124 de fecha 31 de marzo de 1982 se precisa que la entidad es un organismo netamente particular de personalidad jurídica distinta a la CORFO. Asimismo, en el Dictamen Nº 23250 de fecha 09 de octubre de 1985, se devuelve Decreto de Hacienda que modifica presupuesto de CORFO y del SERCOTEC, porque en dicho documento se viene creando como "transferencias a otras entidades públicas", una asignación de recursos al instituto nacional de capacitación profesional, lo que no procede por cuanto citada entidad de educación superior es una corporación de derecho privado regida por código civil Título XXXIII, que no forma parte de la administración del Estado, y que por expresa disposición de ley 18194 se la excluyó, para todos los efectos legales, de la aplicación del DL 1263/75, como asimismo de otras normas propias del sector público.

financiamiento y control de INACAP. Se dispuso ese año que CORFO renunciara a su participación, dando inicio sin licitación a la transferencia de dicho instituto a instituciones privadas, quedando el control de INACAP en manos de la Confederación de Producción de Comercio y su Corporación Nacional Privada de Desarrollo Social. La participación del Estado se redujo a la sola presencia de SERCOTEC en el Consejo Directivo del instituto.²⁹³

CIREN, por su parte, fue creado por la CORFO y SERCOTEC, como corporación de derecho privado, cuyos estatutos fueron aprobados por el Decreto N° 1.185 del Ministerio de Justicia, que le concede personalidad jurídica en 1985. Esta entidad cuenta con cinco consejeros de los cuales dos son nominados por el Vicepresidente Ejecutivo de CORFO. Este consejo dispone de amplias facultades, para dirigir el Centro y administrar sus bienes, aprobar sus políticas y estrategias de comercialización y tarifarias, definir y modificar su estructura orgánica, entre otras. El foco principal del CIREN es la generación y mantención de información (de calidad y actualizada) sobre el Estado y evolución en el tiempo de los recursos naturales renovables, silvoagropecuarios, alimenticios y productivos de zonas rurales, según su distribución espacial en el territorio nacional. Por ende el mercado de CIREN está segmentado en un conjunto de instituciones de los sectores públicos y/o

²⁹³ Esta transferencia fue revisada en el Informe de la Comisión Investigadora de las privatizaciones en Chile en el período 1973-1990, se señala que entre las donaciones que se destacan está la entrega de INACAP al sector privado que implicó una pérdida patrimonial fiscal de \$4.000 millones en moneda de 1988. De la misma manera, se traspasó la propiedad para su administración de 76 institutos de enseñanza técnico profesional. Informe de la Comisión Investigadora de las privatizaciones en Chile en el período 1973-1990 (extracto) Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. Año 1 Número 1, 2009.p. 162.

privados que requieren los productos y/o servicios que entrega el Instituto tales como servicios de asesoría, consultoría, productos digitales, servicios digitales, directorios, informes prediales, etc.

El problema se radica en que CIREN genera información con recursos públicos, sin que se asegure una plena difusión de los contenidos de información para que todos los actores de la sociedad tengan acceso a dicho nivel de conocimiento. Pues, como señala un Estudio de Evaluación de los Institutos Tecnológicos CORFO, si el acceso a la información sólo es posible mediante la prestación de servicios, los clientes efectivos se reducen potencialmente a empresas privadas o entidades públicas. Por lo demás y, acentuando este problema, se debe indicar que la principal fuente de financiamiento corresponde a fondos públicos, por concepto de transferencias, convenios o fondos concursables, los cuales significan entre un 76% y un 83% del total de ingresos del Centro, con un promedio de 80% en los cuatro años. Es decir, se genera actividad comercial privada con fondos públicos.²⁹⁴

²⁹⁴ Como principal fuente de ingresos, las transferencias han estado sujetas a la suscripción de Convenios de Desempeño con la Subsecretaría de Agricultura y Oficina de Estudios y Políticas Agrarias. Ahora bien, dada la importancia de la información que genera el centro, y que la gran parte de la labor adquiere la forma de estudios o proyectos cuyos destinatarios claramente son empresas privadas, que acceden a través del encargo de estudios que son realizados con recursos públicos y tarifados en alguna medida, existe una clara desigualdad de acceso a información de valor público y una institucionalidad inadecuada. Considerando que efectivamente hay valor público en los productos o servicios que genera CIREN se estima que el financiamiento de largo plazo necesario para este Centro es materia de otra institución, de carácter sectorial y no de CORFO. La generación y actualización de información de base no puede estar sometida a la disponibilidad de fondos concursables, más aun si se considera que en esta labor CIREN tiene una posición dominante, de cuasi monopolio, que enturbia las condiciones de competencia que requiere un fondo concursable como Innova Chile. Estudio de Evaluación de los Institutos Tecnológicos CORFO, pag. 29 y ss.

Estos dos casos en los que SERCOTEC, como filial de CORFO, tiene participación, son importantes porque a la luz de la legislación actual, no podrían haber existido. Por una parte, si bien ambos casos se constituyeron como corporaciones antes de 1989, año en el que se dicta la Ley N° 18.899 sobre Normas Complementarias de Administración Financiera, de Incidencia Presupuestaria y de Personal, conforme a la cual se reforma el art. 25 inciso final de la Ley N° 6640, cuyo tenor indica que las empresas o entidades filiales de la CORFO, requieren de una ley de quórum calificado, en los términos que señala, para concurrir a la formación de empresas. Para Contraloría, en el dictamen N° 29.090 de fecha 27 de Junio de 2007 se consigna que dicha disposición establece que la CORFO :

“para concurrir a la formación de empresas o participar en la propiedad o administración de otras distintas a las en que al 31 de diciembre de 1989 tenga porcentaje en su capital social o injerencia en su administración, requerirá de autorización expresa otorgada por ley en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del N° 21 del art. 19 de la CPR y añade que “igual autorización necesitaran para tales actos las empresas o entidades filiales de dicha Corporación”.

Entonces, al tenor de la norma antes transcrita, la regla que ella contiene se aplica a todas las filiales de CORFO, pues está formulada en términos amplios, precisando su texto que comprende tanto a las que revisten el carácter de empresas como a aquellas que no lo son, es decir, afecta a las personas jurídicas constituidas por la CORFO que no son directamente asimilables al concepto de empresa, como es el caso de las corporaciones.

En este sentido, en la creación de SERCOTEC como filial de CORFO, le sería aplicable esta norma y, a su vez, en el caso que dicha entidad decidiera crear o participar en otras entidades también, como ocurrió con INACAP y CIREN. Claro está que por el alcance del precepto, éste no abarca temporalmente a estas entidades; no obstante vale hacer la reflexión sobre el accionar de instituciones como CORFO y SERCOTEC en la pasada transferencia de INACAP a manos privadas, y en la actual realización de actividades económicas por parte de CIREN.

Actualmente, una interpretación armónica de este precepto permite inferir que la idea es declarar que son aplicables a CORFO en su calidad de organismo público, tanto el principio general constitucional establecido en el art. 19 N° 21 de la CPR y, el requisito previsto en el art. 6° de la Ley N° 18575 de la LOCBGAE y, a la vez, amparar su actual intervención en las entidades en que ella tenía participación o injerencia en su administración, dejando expresamente establecido que cualquier nueva participación o injerencia en otras asociaciones

nuevas o antiguas no protegidas por esta disposición requiere de una ley de quórum calificado

En consecuencia, CORFO y sus entidades filiales no pueden intervenir en la administración de nuevas entidades, en los términos previstos en dicho artículo sin contar con la autorización legal correspondiente.

Podemos dejar establecido que el legislador trata de circunscribir el ámbito de acción de estas entidades, al principio de legalidad y a un concepto más limitado de potestad organizatoria. De tal forma que las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública que concurren junto a otras de análoga naturaleza o a particulares a crear nuevas corporaciones o fundaciones lo hagan mediando un precepto legal habilitante. Así se busca evitar la evidente huida que se puede ocasionar de existir esta potestad organizatoria en las entidades en estudio, y la ocurrencia de situaciones anómalas como sucedió, por ejemplo, con la creación por parte de CIMM, de su filial CIMM T&S S.A., una sociedad anónima en cuya fiscalización la Administración ya no tiene injerencia alguna²⁹⁵.

En este sentido, se ejemplifica la idea del ejercicio de la potestad de autoorganización de una Administración que tratamos con anterioridad, la que al crear una nueva entidad, (como sucede en el caso de CORFO-SERCOTEC, y demás instituciones) cualquiera sea su naturaleza, está impedida de dotarla

²⁹⁵ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. Cit. p.291.

de una capacidad jurídica y de obrar más amplia que la poseída por la propia
Administración matriz.

V. CAPÍTULO: PROPUESTAS PARA MEJORAR EL TRATAMIENTO DE CORPORACIONES Y FUNDACIONES DE DERECHO PRIVADO CREADAS POR INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTUAL ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA.

Mediante este trabajo se buscó circunscribir el estudio de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública en el fenómeno de huida del derecho administrativo, para así trazar las líneas sobre las que dichas entidades plasman en la actualidad relevantes conflictos jurídicos, presupuestarios y financieros para la Administración del Estado. Se rescató la importancia de los mecanismos que nuestro actual sistema jurídico puede ofrecer para frenar la huida del derecho administrativo y para ejercer un control y fiscalización adecuados a las corporaciones y fundaciones en estudio, tanto desde la Administración del Estado como desde la ciudadanía.

No obstante, los diferentes problemas en materia de control financiero y presupuestario, contratación, huida del Estatuto Administrativo, y vulneración de garantías ciudadanas, conllevan a la conclusión de que es necesario una reforma en el tratamiento regulatorio de dichas instituciones. A modo de propuesta, se revisará sucintamente los modelos que ha consignado el derecho comparado para lidiar con la privatización de la Administración Pública. Asimismo, se efectuarán comentarios en materia de mecanismos de control y

garantías ante la actuación de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

i. Una mirada desde el derecho comparado: Los casos de España, Italia y Francia.

La reordenación de la actual estructura administrativa, debe ser pensada desde el ámbito organizacional, en el sentido de comprender una noción de corporación y fundación que se adecue a la instrumentalización de la Administración del Estado. Esta reordenación debe realizarse sin obviar los mecanismos de control y garantías, que protegen el patrimonio público, así como también a la ciudadanía de la vulneración a sus derechos, en el ejercicio mismo de las funciones administrativas que han sido encomendadas a estos entes. Es por ello, que vale considerar la regulación que este problema ha suscitado en el derecho comparado.

a. España:

En el caso español, para Carballeira Rivera, las fundaciones privadas de la Administración Pública, son una nueva manifestación de la versatilidad de lo público. Lo incómodo de esta realidad para dicha autora, radica en que “no deja de ser paradójico, sin embargo, que un derecho nacido precisamente para

favorecer la libertad de la acción de la Administración como es el derecho administrativo, creando formas de personificación novedosas y desconocidas en el ámbito privado, se torne luego en obstáculo insalvable para gestionar la cosa pública²⁹⁶”. De esta forma, en un tono muy similar a lo ocurrido en nuestro país, en España las fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública no tienen un espacio explícito dentro de la Administración Pública. No obstante, debemos evidenciar que existe un reconocimiento a la creación de entes fundacionales por parte de los órganos de Administración. Este reconocimiento tiene como base la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y, la posterior reforma en manos de la Ley 50/2002 de Fundaciones, la que ha apostado por una clasificación descriptiva de los tipos de entes fundacionales, entregando un mayor dinamismo a la actividad fundacional, a través de la simplificación de los trámites administrativos²⁹⁷.

El problema para la doctrina, consiste en la incertidumbre de comprender a las fundaciones de derecho privado creados por iniciativa pública en el sector público o en el llamado tercer sector y las consecuencias de una u otra adecuación. El silencio legislativo tanto de su Ley de Organización y

²⁹⁶ CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa. Las Fundaciones Privadas de la Administración Pública en el Derecho Comparado, Revista de Administración Pública Núm. 177, Madrid, septiembre-diciembre (2008), p. 336.

²⁹⁷ DEL CASTILLO VÁSQUEZ, Isabel. Administración Pública y Fundaciones Privadas. Las complejas relaciones de las Administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional. Revista de Administración Pública N° 167, Madrid, Mayo/ Agosto 2005, p. 230.-

Funcionamiento de la Administración General del Estado²⁹⁸ como de su Ley General Presupuestaria²⁹⁹ para integrar a estos entes fundacionales, los deja en un punto equidistante de ambos sectores y al mismo nivel en el que se encuentran nuestras corporaciones y fundaciones en estudio.

El problema correlativo, como se ha dejado entrever en este trabajo, no se halla tanto en la inadecuación de las estructuras administrativas como en la constitucionalización de determinadas garantías impuestas a tales estructuras: la transparencia, la publicidad, la proporcionalidad, la motivación, la razonabilidad o el control financiero y contable³⁰⁰, garantías y principios que rigen la actuación de los órganos públicos³⁰¹.

²⁹⁸ La LOFAGE simplifica el panorama organizativo y contempla los organismos públicos del Estado como únicos entes instrumentales. Dichos organismos públicos se difieren en organismos autónomos y en entidades públicas empresariales, entre las que pueden entenderse incluidas las fundaciones públicas. En cuanto a las sociedades mercantiles, únicamente menciona la facultad que tienen los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales para su creación o participación, cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados. Muy similar a nuestro art. 2º de LOCGBAE. Sin mencionar a las fundaciones instrumentales de la Administración sujetas a Derecho privado las cuales quedan al margen del sector público. DEL CASTILLO VÁSQUEZ, Isabel. Ob. Cit. p. 355.

²⁹⁹ La Ley 47/2003 General Presupuestaria tampoco resuelve el problema de ordenación administrativa y la integración de estas fundaciones al sector público. En efecto, el art. 2 de la LGP enumera de manera completa las entidades que han de considerarse incluidas en el sector público estatal, atendiendo a los criterios de financiación mayoritaria y de control efectivo por la Administración General del Estado, así como los diversos entes dependientes o vinculados a ella. Es decir, atendiendo a idénticos criterios podría insertarse dentro del sector público a las fundaciones en cuestión, atendiendo además a la función orientada hacia el interés general para la cual fue creada. *Ibidem*. p. 355 y ss.

³⁰⁰ CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa. Ob. Cit. p. 337. Para el autor español Bermejo Latre, la dictación en España de la mencionada Ley de Fundaciones provocó una quiebra en las relaciones entre los sectores público y privado en España, y una manifestación evidente de la huida del derecho administrativo. En sus palabras la realidad de "la creación de fundaciones privadas por parte de la Administración y de las restantes entidades de carácter jurídico-público [...] supone una excepción a la aplicación del Derecho Administrativo en las relaciones orgánicas, contractuales, laborales y económicas en general de estos entes privados". BERMEJO LATRE, José Luis. "Las fundaciones de iniciativa pública y la 'huida' del Derecho

b. Italia:

El modelo italiano se encuentra al final del tránsito a la huida del derecho administrativo, y está en plena conexión con el fenómeno privatizador que impregnó la política italiana desde los años setenta. Junto con el decaimiento de la intervención pública se dio paso a fórmulas de autorregulación, se privatizaron los servicios públicos, y se trabajó en nuevas formas de colaboración entre público y privado.³⁰² Proliferaron fundaciones en ámbitos donde antes no existían, enmarcándose todo este proceso en un éxodo hacia el régimen fundacional que comienza en la década de los años noventa³⁰³. La creación de entes fundacionales se puede clasificar en los siguientes grupos:

- a) Fundaciones privadas reguladas en toda su extensión por el Código civil;

Administrativo”, en Sosa Wagner, Francisco [coordinador]. *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 955 y ss.

³⁰¹ Para Francisco Sosa W. “la fundación es otro artilugio más, (¡y de qué entidad!) que, bien accionado, permite a las Administraciones públicas excepcionar la aplicación del ceñudo derecho administrativo. Otro medio pues para burlar los rigores del derecho público y acometer un vuelo gayo impulsado por las alas más vertiginosas y flexibles del Ordenamiento jurídico-privado.” SOSA WAGNER, Francisco. *La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales*. en: Sosa Wagner, Francisco [coordinador]. *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 1915.

³⁰² *Ibidem*. p. 352.

³⁰³ Como ejemplos Carballeira Rivera señala la explosión de entidades fundacionales en todas las áreas sin limitación alguna, así por Decreto Legislativo 509/1994, de 30 de junio se autorizó la transformación en personas jurídico-privadas a todos los entes de previsión y asistencia. Por el Decreto legislativo 367/1996, de 29 de junio se establecieron las condiciones para transformar a los entes musicales en fundaciones privadas. Por Decreto legislativo 288/2003, de 16 de octubre se transformó determinado entes integrados en el IRCCS en fundaciones. Por Decreto ministerial 491/2001, de 27 de noviembre se crean las fundaciones estatales para la gestión de bienes culturales. CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa. *Ob. Cit.* p. 360 y ss.

- b) Fundaciones privadas sometidas a un régimen mixto público-privado; y
- c) Creación de entes públicos con forma fundacional.

El objeto de la creación de fundaciones en un primer momento fue la de privatizar la contratación y atraer fondos privados a la Administración Pública. Para Carballeira Rivera, en la actualidad, el sistema se revela agotado porque la normativa del Código Civil es incapaz de integrar las formulas que necesita la Administración Pública para gestionar sus intereses. Además, la contratación de las fundaciones debe someterse al régimen público por imposición del derecho comunitario, y otros temas como la laboralización de la función pública, ya tratado en un capítulo anterior, es una realidad en toda la Administración que no requiere por tanto de acogimiento a fórmulas del derecho privado.

De la expansión de la fundación, dicha autora deja en claro que es necesario determinar el carácter instrumental existente entre fundación y ente matriz. Por lo demás, los controles a los cuales se someten, reducen la actividad de la fundación a ser exclusivamente un elemento de apoyo para la mejor prosecución de los fines del ente matriz y no un elemento de apropiación de los fines de aquél.³⁰⁴

De esta forma, en el derecho italiano la utilización de la fundación civil es fundamental para el cumplimiento de los intereses generales. Esta entidad de naturaleza jurídica privada, se ha ido transformando paulatinamente para

³⁰⁴ *Ibidem.* p. 366.

adaptarse a las exigencias internas y comunitarias del sector público o introducir elementos de otras instituciones.

c. Francia:

En el derecho francés se opta por la creación de entidades públicas, que para el objeto de nuestro trabajo tienen matices muy interesantes, los cuales conjugan las ventajas de las entidades fundacionales sin abandonar a hurtadillas el Derecho Administrativo.

Estas entidades se denominan “Groupements d’intérêt public”, y son personas jurídicas del derecho público que se construyen como un órgano con patrimonio privado adscrito a un fin de interés general, con las garantías y exigencias legales de la acción administrativa. En principio, para el ordenamiento francés, la fundación no tenía cabida en la estructura organizativa de la Administración Pública como, en general, no lo tienen las personificaciones privadas sometidas al régimen jurídico-privado salvo en el ámbito económico³⁰⁵. Es por ello que a través de estas entidades se configuró un ejemplo de colaboración entre el sector público y el privado para la prosecución de intereses comunes, enmarcado en el sistema organizativo-

³⁰⁵ La experiencia demostraba la tendencia a la huida de la normativa administrativa en especial del control de gastos. No obstante, prevalecen en el derecho francés organismos de derecho privado creados por el legislador o integrados en el tejido administrativo a partir de entes privados preexistentes que gestionan servicios públicos. Aún así, tienen carácter residual, su naturaleza es siempre pública y su régimen jurídico, salvo cuestiones puntuales, se adscribe al derecho público. CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa. Ob. Cit 342.

administrativo francés³⁰⁶. Su origen responde a la necesidad de crear entidades orientadas a la cooperación activa de instituciones de derecho privado y de derecho público para satisfacer necesidades de interés general.

Su naturaleza jurídica es de derecho público, siendo este el primer elemento que los diferencia de nuestras entidades en estudio, no obstante los elementos que la identifican como tal, en base a lo sentenciado por la jurisprudencia francesa son similares a los que en nuestro país nos hacen distinguirlas de las entidades reguladas plenamente por el derecho privado, a saber: i. la iniciativa de creación del organismo, ii. la atribución de prerrogativas o potestades públicas, iii. la naturaleza de la función o actividad ejercida, y iv. las reglas de control a que queda sometido y las normas de organización y funcionamiento por las que se rigen.

Su constitución debe tener una duración determinada, y se efectúa a partir de la asociación de personas jurídico-públicas entre ellas o con personas jurídicas de derecho privado (empresas, sociedades de economía mixta, asociaciones, fundaciones, etc.), similar al requisito de concurrencia de entidades públicas en la creación de corporaciones o fundaciones privadas de iniciativa pública.

Asimismo, su creación como entidad de derecho público debe estar previamente habilitada por una ley³⁰⁷, y una vez firmados los estatutos por las

³⁰⁶ *Ibidem* p. 343.

³⁰⁷ Le corresponde al legislador establecer nuevas categorías, fijar las reglas constitutivas, el modelo general de organización y funcionamiento al que se acogen, el porcentaje de

partes asociadas, deberán ser aprobados por un órgano del Estado, generalmente el Ministro del ramo en el que se inscriba la entidad así como por el Ministro de Economía o bien por el Prefecto de la región donde el grupo tenga su sede social. Este es un buen mecanismo de control desde la Administración matriz al ente, el cual queda válidamente constituido una vez se proceda a la publicación de los estatutos en el boletín oficial francés.

Su organización interna es similar todas las corporaciones y fundaciones de derecho privado, distinguiendo una Asamblea general y el Consejo de administración.

El personal puede estar constituido por personal funcionarios públicos o sujetos a la normativa laboral, y su sistema habitual de contratación será el administrativo.

Además quedan sometidos al control económico, financiero, contable y técnico del Estado que es el encargado de fiscalizar su actividad. La autoridad competente para ejercer el mismo viene determinada normalmente en la normativa reglamentaria relativa a la concreta categoría de Groupements d'intérêt public. La contabilidad es ejercida por personal de la Administración cuando así la determine expresamente el acuerdo constitutivo, los miembros sean exclusivamente públicos o cuando la ley lo imponga.

Estas entidades representan una evidente alternativa a las fórmulas fundacionales privadas y plasman la versatilidad de la potestad organizatoria de

representación que corresponde a la Administración pública y al sector privado, su objeto y las modalidades de control que se ejercerán sobre él.

la Administración, la que puede dar acogida a fórmulas institucionales que integren a la sociedad civil, en la consecución de intereses públicos comunes.³⁰⁸

ii. Consideraciones en materia de control interno y garantías:

Dentro de los mecanismos de control interno con que cuenta la Administración para hacer frente a la actuación de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, el principal es la revisión *ex post* del uso de los recursos fiscales por parte de las entidades en estudio, realizado por la Contraloría. En segundo lugar, se encuentra el control ciudadano, el cual es ejercido a través del CPLT, y que ha colaborado en la recopilación de jurisprudencia administrativa y en el resguardo de las garantías de información, transparencia y probidad, que antes eran difícilmente exigibles a otras entidades que no fueran los órganos públicos.

a. Control interno ejercido por la Contraloría General de la República:

Los OAE se encuentran sujetos a diversos controles *ex ante* y *ex post*, que previenen y hacen responsables a la Administración de cualquier vulneración a las garantías ciudadanas. El problema radica en la actuación de

³⁰⁸ *Ibidem.* p. 344 y ss.

las entidades en estudio, cuya naturaleza jurídica privada, no obliga al control previo de sus actos, ni las sujeta a otro tipo de revisiones vinculadas a las entidades, ministerios o servicios públicos que tienen participación o representación en la misma³⁰⁹. Por ello, ha sido preponderante la labor efectuada por la CGR³¹⁰ en la fiscalización del gasto público, y en específico, en relación a las entidades en estudio, en el examen de la correcta inversión de los fondos fiscales que este tipo de organismos perciben.

Es un control *ex post* que mira al cumplimiento de los fines para los que las funciones administrativas fueron otorgadas a dicha entidad. Esta fiscalización se ha llevado a cabo principalmente a través del mecanismo de auditorías y en menor medida a través de la potestad dictaminante. No obstante, es evidente que en el ejercicio de sus facultades auditoras, la CGR no logra corregir permanentemente el comportamiento de corporaciones y

³⁰⁹ Dentro de los controles *ex ante* además de la toma de razón efectuada por la CGR, a nivel de Administración se crearon: i) las Unidades de Control y Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, las cuales actúan como un sistema de control interno de carácter técnico creadas en la casi totalidad de los servicios públicos. Estas unidades son funcionales y dependientes del jefe de servicio que colaboran en la tarea de fiscalizar el apego a la legalidad financiero—contable de cada ministerio y servicio; ii) Además de este mecanismo existen las Unidades Jurídicas, con las cuenta cada servicio o ministerio. En efecto, ellas son las primeras llamadas a velar por la legalidad de los actos administrativos que emanan de sus organismos y que ellas mismas redactan. RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María F. Control de legalidad y procedimiento de toma de razón, en Un mejor Estado para Chile Planificación, control y evaluación de la acción del Estado. Centro de Políticas Públicas UC, Santiago, 2013, p. 628.

³¹⁰ A nivel comparado, según el profesor Eduardo Aldunate, el órgano contralor, sigue dos líneas de fuerza; pues “por una parte, aparece con un fuerte vínculo a la actividad de fiscalización parlamentaria, como órgano técnico encargado de preparar dicha fiscalización, especialmente en el ámbito de control a posteriori, esto es, de rendición de cuentas y de ejecución presupuestaria. Por otro lado, su énfasis radica, en casi todos los casos vistos, en el control fiscal (...). Incluso en aquellos casos donde se menciona expresamente una función contralora de la legalidad, ella se remite exclusivamente a actos que afecten el interés fiscal”. ALDUNATE, Eduardo. La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II), p.23.

fundaciones que buscan resguardarse en el derecho privado, de los obstáculos que la regulación poca atractiva del derecho administrativo les ofrece.

En ese sentido, la doctrina se encuentra conteste en que es preciso concentrar y especializar a la CGR en su rol de auditoría³¹¹, lo que conllevaría revisar si los medios que actualmente posee son suficientes para hacer frente a esta tarea y, si no lo son, incrementarlos, de tal forma que el control de reemplazo sea más efectivo³¹². De esta manera se busca fiscalizar a la entidad de forma sistemáticamente, y no solo ante la existencia de irregularidades.

b. Control ciudadano:

En segundo lugar, debemos detenernos en el control democrático, el cual reúne en sí tanto el control político como el control social que ejerce la ciudadanía. Para el autor Agustín Gordillo una de las principales causas para la progresiva expansión del parasistema administrativo recae en “la inexistencia de control social, adecuado de la administración pública, o sea la insuficiencia o

³¹¹ RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María F. Ob cit. p. 640. Se habla de una hipertrofia de la facultad de toma de razón, y la intención de que esta función contralora de legalidad se limite. Aldunate, Eduardo. La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República. Ob. Cit. p. 23

³¹² En la actualidad, para Aldunate, “no se ha producido un reforzamiento de la función fiscalizadora de la CGR en el ámbito fiscal, sino que la actividad de control es absolutamente insuficiente para resguardar el interés de la hacienda pública. Los métodos o mecanismos de control utilizados por el órgano, aun cuando definidos bajo una aparente cobertura de sistematicidad, permiten la existencia de este tipo de irregularidades”. *Ibídem.* p. 25.

inexistencia de participación ciudadana”³¹³. Una herramienta fundamental del control democrático fue la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública y la creación del CPLT. En este sentido, el reformado art. 8º de la CPR impone a la Administración Pública, junto con el deber de probidad en el ejercicio de la función pública, el deber de transparencia en el ejercicio de la misma. Este principio, según el art. 2º de la Ley de Transparencia es un deber de los ministerios, de los gobiernos regionales y provinciales, y de los servicios y empresas públicas de toda clase, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Es decir, es un deber cuyo ámbito de aplicación se extiende a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, obligación que se complementaría mediante la Instrucción General N° 4 sobre Transparencia Activa³¹⁴.

Este deber implica la obligación de hacer públicos sus actos y resoluciones, de responder a los requerimientos de información que les hagan los particulares (deber de transparencia pasiva), y de mantener publicada cierta información (deberes de transparencia activa). La importancia de la Ley de Transparencia y de la labor del Consejo para la Transparencia, es que actúa como un efectivo mecanismo del control social que garantiza por parte del Estado el cumplimiento de la labor administrativa a la luz de los principios de

³¹³ GORDILLO, Agustín. A. La Administración paralela. El parasistema jurídico- administrativo. Ob. Cit. p. 125.

³¹⁴ Para revisar discusión, remitirse al primer capítulo de este trabajo punto 2.2.2. Corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública como órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa pág. 28.

transparencia y probidad. El Consejo se ha declarado competente para conocer de los reclamos en contra de las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que se reúnan requisitos como los que estudiamos en el tercer capítulo:

a.- La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, también denominada decisión pública de creación.

b.- La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos; y

c.- La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas

Para Rajevic Mosler se trata de “una suerte de “levantamiento del velo” que procura poner coto a esta “huida del derecho administrativo” con los instrumentos de la Ley de Transparencia que no intervienen ni invaden el actuar del órgano, sino sólo facilitan el escrutinio público posterior mediante la obtención de información que posibilite una efectiva rendición de cuentas”³¹⁵. De este modo, se ha resuelto y, a su vez, sentado precedente respecto de diversas corporaciones municipales de salud y educación, Red de fundaciones de la Primera Dama, fundaciones y corporaciones creadas por Universidades

³¹⁵ RAJEVIC MOSLER, Enrique. El primer año de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes.2010. p. 57.

Estatales, CIREN³¹⁶, CONAF y SERCOTEC³¹⁷, entre otras entidades. Asimismo, se ha dado similar tratamiento a diferentes programas presupuestarios adscritos a servicios públicos, es decir, aquellos fondos transitorios que no siendo parte integrante de la administración, se crean a través de la Ley de Presupuestos para cumplir funciones públicas.

La Ley de Transparencia y la labor del CPLT, en el transcurso de los cinco años que llevan en funcionamiento, han logrado sistematizar los

³¹⁶ En el dictamen de Contraloría N° 44.554 de fecha 05 de agosto de 2010, el Sindicato de Trabajadores del Servicio de Cooperación Técnica y el Director Ejecutivo del Centro de Información de Recursos Naturales, se dirigen al órgano contralor solicitando se emita un pronunciamiento que precise si la Ley de Transparencia, es aplicable a dichas corporaciones. En su informe el CPLT señala que el artículo 2° de la aludida Ley de Transparencia, establece su ámbito de aplicación dentro de los que se encuentran “los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.” A su vez, le hace aplicable el inc. 3° del referido artículo y el art. 10, inc. 1°, de la ley N° 20.285. Si bien Contraloría razona sobre los mismos presupuestos al indicar que SERCOTEC es una corporación de derecho privado, señala que su administración y dirección, conforme a lo dispuesto en el artículo sexto de sus estatutos, está a cargo de un directorio compuesto por un presidente, que es nombrado por el Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción, y seis directores designados por esta última entidad pública. De tal manera que la entidad contralora señala que “se trata de aquellos casos en que el Estado no realiza en forma inmediata ciertas actividades inherentes al cumplimiento de sus funciones, sino que lo hace indirectamente, por medio de una entidad privada, utilizando la preeminencia que le da su participación en el patrimonio o dirección de ésta. De tal modo, en esas instituciones está presente de un modo predominante el interés público, toda vez que mediante la gestión de aquéllas se persigue satisfacer necesidades públicas. Así pues(...) lo señalado justifica que a las aludidas entidades se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controladas en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado a través de ellas respete la preceptiva orgánica aplicable y no adolezca de irregularidades. En este contexto, es dable afirmar que son aplicables a su respecto los principios básicos de gestión propios del derecho público, uno de los cuales es, precisamente, el de la transparencia de sus actuaciones y que posibilita el consiguiente control de las mismas, lo cual recoge la normativa en referencia.” Considerando aquello, para la CGR lo previsto en el artículo 2°, inciso tercero, de la mencionada Ley de Transparencia, debe entenderse referido a todas las entidades a través de las cuales el Estado actúa en los términos señalados, y que la mención a las empresas y sociedades y a la participación accionaria que efectúa esta norma, en ningún caso excluye a las corporaciones y otros tipos de personas jurídicas de derecho privado, que la ley ha autorizado constituir al Estado para la consecución de sus cometidos.

³¹⁷ Entre otros mencionamos las decisiones recaídas en los siguientes amparos Rol R 23-09, A194-09, A211-09, A240-09, A242-09, A286-09, A327-09, C153-10, C254-10, C158-10, C205-10 y C480-11.

elementos constitutivos de las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública que hacen posible la inclusión de las mismas en el ámbito de aplicación de la ley.

Además, han integrado dentro de la esfera de la Administración del Estado a estas entidades instrumentales de manera explícita al concurrir los elementos ya descritos. De esta forma, han logrado ampliar el control ciudadano sobre las tareas que la Administración encomienda a estas formas organizativas de derecho privado, aplicando normas y principios básicos relativos a la transparencia de la función pública y al control público de la actividad administrativa. Estos principios, tal cual lo estipula la decisión del CPLT, se han establecido como medios de control social del actuar administrativo, los que operan *ex post* sin afectar la autonomía de estas entidades, pues “constituyen una garantía de accountability o rendición de cuentas a favor de la ciudadanía, respetuosa del autogobierno de la institución. Esto último, pues sólo actúan *ex post*, básicamente a petición de los propios ciudadanos y mediante el juicio de la opinión pública”³¹⁸.

De esta forma, el control social derivado de los instrumentos que establece la Ley de Transparencia no interviene ni invade el actuar del órgano, sino facilita el juicio público posterior mediante la obtención de información que posibilite una efectiva rendición de cuentas y otorgue garantías al ciudadano del actuar correcto de estas entidades.

³¹⁸ Decisión emanada en reclamo N°R4-09 del CPLT.

iii. Consideraciones en el tratamiento normativo de corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública.

En materia organizacional, urge incorporar a estas entidades dentro de la Administración del Estado. Para ello, en primer lugar, corresponde al legislador, en ejercicio de la potestad organizatoria evaluar cual es la naturaleza jurídica de la que quiere dotar a las formas instrumentales. Para abordar esta decisión pública de creación debe considerar que dicha facultad de creación esta supeditada al principio de legalidad y a un concepto más limitado de potestad organizatoria, pues al crear una nueva entidad, cualquiera sea su naturaleza, debe existir un precepto legal habilitante y además la restricción de dotarla de una capacidad jurídica y de obrar más amplia que la poseída por la propia Administración matriz.

Creemos, que para propender a la consecución del interés general y bien común, y la adecuada protección de garantías impuestas a la Administración como la transparencia, probidad, servicialidad, publicidad, la proporcionalidad, razonabilidad o el control financiero y contable, es necesario optar por personas jurídicas de derecho público, en semejanza a la alternativa tomada por el derecho francés. Con esta opinión, no pretendemos la erradicación total de las entidades privadas de carácter instrumental, sino que se transformen en la excepción a la regla, y convivan en un espacio organizacional de manera inclusiva.

Para lograr este objetivo, es necesario reformar la LOCBGAE e integrar en el art.2° estas entidades. Para ello, si se opta por convertir estas corporaciones y fundaciones en personas jurídicas de derecho público, mencionar los elementos constitutivos necesarios para su reconocimiento. Asimismo, también se deben comprender a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública, como una nomenclatura excepcional, siempre y cuando se cumplan los requisitos estudiados en este trabajo.

Al plasmarse su reconocimiento en la LOCBGAE, se haría necesario comprender a las entidades en estudio como parte del sector público según lo dispuesto en el art. 2° del D.L. N°1263 de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. Junto a ello, en materia de control económico, financiero, y contable, deben, si optan por transformarse en personas jurídicas de derecho público, según la concurrencia de los OAE en su creación, o en su composición y representación, sujetarse al control y dependencia de estos. De esta manera, dichas entidades pueden quedar sometidas al control *ex ante* de sus actos y, para ello, las Unidades de Control y Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, y las Unidades Jurídicas, con las que cuenta cada servicio o ministerio, cumplirían un rol fundamental.

Finalmente, debe concernir a cada servicio u organismo integrante de la entidad, estimar la constitución de la misma por el personal perteneciente a los

diversos estatutos públicos o sujetos a la normativa laboral, en el entendido que al escoger la creación de una persona jurídica de derecho público en vez de una corporación o fundación de derecho privado creadas por iniciativa pública, se está evitando la intempestiva fuga del estatuto administrativo.

CONCLUSIONES

1. En el primer capítulo se contextualiza la evolución de la Administración del Estado y la aparición del fenómeno llamado Para-Administración, Administración Invisible, o Administración Paralela, entre otras denominaciones que recibe. Es en esta etapa en la que surge este conjunto de órganos, que comprende a las corporaciones y fundaciones en estudio, como clara manifestación de la actividad de fomento del Estado, pero que no se ajustaban dentro de las fórmulas de derecho público tradicionales. De este modo, desde la perspectiva organizacional, dichas entidades instrumentales de la Administración del Estado se configuran, en conjunto, como un sector comprensivo de diversas formas empresariales, societarias, corporaciones y fundaciones de derecho privado que realizan actividades de interés general, conformadas por el Estado mismo o por una persona jurídica de derecho público, para ayudar en la función administrativa.
2. No obstante, si bien, dichas entidades, en su mayoría, no se encuentran explícitamente enumeradas por la LOCBGAE en el inciso 2° de su art. 1°, como órganos integrantes de la Administración Pública, desde una perspectiva funcional, las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública se reconocen por la doctrina y la jurisprudencia administrativa en la expresión “los órganos y servicios públicos creados para

el cumplimiento de la función administrativa”. Asimismo lo entiende la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, la que establece su ámbito de aplicación en el art. 2° de la misma, el cual incluye dentro de su esfera de aplicación a dichas entidades.

3. En el segundo capítulo, pudimos estudiar con mayor detalle la huida del derecho administrativo, fenómeno en el que se encuentran insertas estas entidades, y que se fundamenta en la invocación de razones de eficacia, con el objeto de utilizar así, en pos de la eficiencia y de la flexibilidad las reglas del derecho privado. La problemática radica en que la expansión de estas entidades, se fue efectuando sin la adecuada actualización de las formas de organización de la actuación pública, lo que conllevó a un descrédito de lo público administrativo, en contraste con la rapidez de actuación de estas entidades privadas.

4. En Chile, durante las décadas de los años 70' y 80' se vivió un proceso de disminución progresiva de participación del Estado y de privatización, sin que paralelamente se actualizaran las formas de organización y actuación administrativa. En consecuencia, la opinión generalizada sobre la inoperancia de la actividad administrativa, la función pública y los

procedimientos administrativos, ha sido un obstáculo insalvable, que ni la dictación de leyes como la LOCBGAE o la Ley de Municipalidades, pudo ni supo arreglar.

5. En este sentido, para establecer un lenguaje común en mira a futuras reformas a la Administración del Estado, debemos trabajar en base a conceptos claves que conduzca la actuación del legislador. Se concluye que el concepto de eficacia corresponde al logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas por la Administración, por ende su control es en relación al uso óptimo de los recursos. La eficiencia, por su parte, exige la obtención de los recursos en sus costos alternativos más bajos. La eficiencia es un criterio complementario del principio de eficacia, pudiéndose concebir a la eficiencia como un concepto integrador de la eficacia. La eficacia- como logro de metas definidas por la Administración-tiene como elemento clave la definición del interés general.

6. La protección de este concepto indeterminado de interés general se plasma en el principio de eficacia, el cual tiene como sujeto, a la Administración del Estado. Es deber del legislador competente, al que corresponde decidir cuál será la organización más idónea para servir los intereses generales de que se trate. Esta problemática cuya expresión es la utilización de entidades

privadas, ha sido profusamente abordada en el derecho español, sin embargo en nuestro país no ha recibido la atención necesaria en materia doctrinal. No obstante, existe un tratamiento más avanzado en materia de jurisprudencia administrativa, en parte, gracias a los dictámenes de Contraloría y a la intervención del CPLT.

7. En el tercer capítulo, ordenamos los elementos que nos llevan a identificar a las corporaciones y fundaciones de derecho privado creadas por iniciativa pública. Estas entidades son reconocidas como órganos de naturaleza jurídica privada, constituidas por los órganos públicos como instrumentos para el cumplimiento de funciones administrativas. En consecuencia, respecto a su naturaleza jurídica, se regirá en materia de derecho privado por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, el Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica, entre otras normas aplicables, y en cuanto órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, por las normas de derecho público que por disposición expresa les sea aplicable³¹⁹.

8. A partir del análisis y exposición de jurisprudencia administrativa es posible identificar a una corporación o fundación de derecho privado creada por iniciativa pública cuando confluyen los siguientes elementos:

³¹⁹ ROMAN CORDERO, Cristián. Ob. Cit. p. 301.

- i. La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación, también denominada decisión pública de creación;
 - ii. La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos;
 - iii. La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas.
9. Este carácter público manifiesto en la decisión de iniciativa de creación de dichas entidades impregna todo su nacimiento, actuación y relaciones con las demás personas jurídicas derecho privado y público y con la ciudadanía misma. Son entidades que ejercen una labor administrativa o son coadyuvantes de la misma, rescatados en última instancia por la jurisprudencia, y situados, anteriormente por la doctrina, como un sector paralelo denominado Para-Administración o Administración Invisible, entre otras menciones que recibe. Presentan evidentes diferencias que los separan de las personas jurídicas de derecho privado reguladas plenamente por el Código Civil y de los órganos o servicios regulados por el derecho público.

10. Otras características relevantes de estas entidades son las siguientes:

- a. No son titulares de potestades públicas criterio que las distingue de los OAE, junto a la forma de constitución y el aparataje jurídico o la forma externa que adoptan.
- b. Poseen un patrimonio y bienes que en último término son transferidos desde el Estado, mediante asignaciones presupuestarias.
- c. El régimen de organización y funcionamiento es de derecho privado. Lo que determina el tipo de control que puede ejercer la CGR sobre sus actos y aspectos financieros, permitiendo una mayor agilidad en su funcionamiento, así como también mayores riesgos en la gestión de la entidad.
- d. El personal contratado por estas entidades lo es mediando las normas del Código del Trabajo en lugar de los estatutos de derecho público que regulan la función pública.

11. A partir de la conceptualización de las corporaciones y fundaciones en estudio, es que en el cuarto capítulo efectuamos una revisión a los conflictos legales y constitucionales, surgidos por la existencia de entidades que detentan funciones públicas, por la avanzada huida del control de gastos, la fuga del Estatuto Administrativo y otras situaciones jurídicas anómalas presentes en nuestro ordenamiento.

12. En el entendido que la aplicación del derecho privado en los diferentes ámbitos en que se desenvuelven estas entidades, tiene sus límites, se concluye que por más que una entidad pública adopte una forma de personificación privada, si ésta realiza una actividad materialmente administrativa no quedará liberada del deber constitucional de servir con objetividad los intereses generales para los cuales ha sido concebida, y por ende, se encuentra sometida a diversos controles administrativos.

13. Estos controles administrativos, de los cuales se busca huir, no se encuentran explícitamente reconocidos en la CPR; no obstante existen algunos sistemas de control presupuestario, de gasto y de juridicidad, principalmente, en la configuración constitucional de la Contraloría General de la República y en la regulación especial de la tramitación de la Ley de Presupuestos.

14. Para efectos de tratar la huida de las corporaciones y fundaciones en estudio de los controles administrativos, se reformula la distinción entre control interno y externo, tomando en cuenta la naturaleza privada de las entidades y su sujeción a los controles administrativos.

15. Un moderno concepto de control la acción del Estado se produce a través de la interacción entre el control interno y el proceso completo de gestión, de tal manera que este enfoque ha colaborado en el rol fiscalizador que mantiene la Administración del Estado sobre aquellas entidades que no pertenecen a su estructura orgánica.
16. En materia de control presupuestario, las entidades en cuestión dependen en su financiamiento, principalmente de un ministerio o de un servicio público, entre otras instituciones. Una forma de ejercer control, es mediante la Ley de Presupuesto, dado que es una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y éste ejerce un control indirecto con respecto a estos entes, a través de los recursos que aporte dicha ley a su presupuesto. Otra forma, es la obligación de informar a la Dirección de Presupuestos, a otros órganos de la Administración del Estado o al Ministerio de Hacienda, sobre el desempeño y gasto de partidas específicas y la destinación de los fondos que se han colocado a su disposición o que administran o sobre el cumplimiento de los convenios que celebren.
17. Establecido el marco normativo en materia presupuestaria y financiera, es pertinente destacar la labor de Contraloría, entidad que mediante el control de reemplazo, tiene como función fiscalizar el gasto público y, en virtud de lo dispuesto en los artículos 16 inc. 2°, 25 y 85 de la Ley N° 10.336, la

correcta inversión de los fondos fiscales que cualquiera persona o instituciones de carácter privado perciban por leyes permanentes a título de subvención o aporte del Estado para una finalidad específica y determinada; la que tendrá solamente por objeto esclarecer si se ha dado cumplimiento o no a dicha finalidad.

18. En los conflictos presentes en las actuaciones emanadas de corporaciones y fundaciones creadas por OAE y en especial por las municipalidades, cabe señalar el rol fundamental de la CGR como ente fiscalizador. Mediante informes de auditoría, o a través de informes de investigación especial, se han detectado diversos casos de irregularidades, déficit y mal manejo presupuestario, lo que ha dificultado el cumplimiento de las funciones públicas que le han sido traspasadas a la mayoría de estas corporaciones. El evidente problema es que el control no es suficiente para frenar la existencia de irregularidades en dichas entidades.

19. Importante es mencionar el caso de constitución de corporaciones y fundaciones de parte de Universidades Estatales, cuyos objetivos corresponden o se complementen con los de la universidad. En la mayoría de los informes examinados, se evidenció un problema más profundo y grave que embarga al sistema universitario tradicional, y es que en la actualidad las universidades públicas se enfrentan a una rigidez normativa y

escasez de recursos que las desfavorece. Esta es la razón principal de la proliferación de corporaciones y fundaciones coadyuvantes, las cuales estuvieron bajo el escrutinio del órgano contralor por diversas irregularidades en el manejo presupuestario y control financiero.

20. Asimismo, respecto a la fuga del Estatuto Administrativo, se puede señalar que este fenómeno condiciona la contratación de personal bajo la normativa del Código Laboral. La expansión de la Para-Administración, y en especial las corporaciones y fundaciones en estudio, ha sumado la contratación de servicios de personas ya no en calidad funcionarias. Por ende estas personas no gozan de beneficio o garantías, para el desempeño de funciones regulares de estas entidades ni pertenecen a estatutos especiales como el Estatuto Administrativo. Se construye un estamento de empleo precario, que puede ser despedido o contratado libremente por las entidades en cualquier momento, pero sin los mismos derechos de aquellos contratados por privados.

21. En relación a los casos específicos estudiados, es imperativo reformar CONAF, SERCOTEC, y entidades afines, toda vez que deben ser dotadas de una nueva institucionalidad que permita reconocer la atribución de potestades públicas, en el caso del primero, junto con los consecutivos

niveles de responsabilidad, transparencia y probidad que un órgano estatal debería mantener. En este sentido, es urgente la reformulación de las técnicas de fiscalización y la normativa actual que regula a estas entidades. Todo ello bajo la premisa de que la titularidad de las potestades público-administrativas, es uno de los criterios que diferencian a los OAE de las entidades en estudio. No obstante, extraordinariamente, para salvar los obstáculos que plantean la creación de una nueva institucionalidad, se precisa que dicha prohibición de atribución de potestades público-administrativas no es constitucional sino legal (y de carácter orgánico constitucional), bastaría, entonces, a fin de hacer excepción a tal prohibición, que una ley con igual rango atribuya tales potestades a las referidas entidades privadas³²⁰.

22. Se concluye que el legislador debe reducir el ámbito de acción de estas entidades, supeditando la facultad de creación a un precepto legal habilitante previo, en concordancia con el artículo 6º de la Ley N° 18.575, que impide la participación o representación de la Administración en tales entidades, en tanto no integran la Administración, de no mediar una ley que expresamente la autorice para ello. En este sentido, al crear una nueva entidad cualquiera sea su naturaleza, la Administración debe estar impedido

³²⁰ *Ibíd.* p.301.

de dotarla de una capacidad jurídica y de obrar más amplia que la poseída por el propio ente matriz.

23. Se debe optar por regularizar la institucionalidad de las entidades estudiadas, por incluir a dichas formas organizativas dentro de la estructura organizacional, mediando las reformas pertinentes, y por envolver de un carácter excepcional a su creación, incorporando de esta forma entidades instrumentales de naturaleza pública. Esta revisión al panorama administrativo nos podría llevar a alcanzar “una vuelta a lo público”, sin menoscabo de la eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, cuyo principal objetivo debe ser siempre la consecución del interés general en el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

- **BIBLIOGRAFÍA**

1. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. Y VODANOVICH, A. Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 7° Edición, Santiago.
2. ALDUNATE, EDUARDO. La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II.
3. AYLWIN AZOCAR, ARTURO. Evolución del Derecho Administrativo chileno y del Régimen de Control de la Administración Pública. Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 212 V. 2 año LXX, Jul-dic, 2002.
4. BAENA DEL ALCAZAR, MARIANO. “Privatizaciones y misiones de servicio público” en “El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo” coord. por Francisco Sosa Wagner, 2000.
5. BARROS BOURIE, ENRIQUE y ROJAS COVARRUBIAS, NICOLÁS. Personas Jurídicas. Derecho Civil I. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007.
6. BERMEJO LATRE, JOSÉ LUIS. Las fundaciones de iniciativa pública y la ‘huida’ del Derecho Administrativo, en Sosa Wagner, Francisco [coordinador]. El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
7. BERMÚDEZ SOTO, JORGE. Derecho Administrativo General. Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.

8. BERTELSEN REPETTO, RAÚL. "Informe en derecho: Facultades de CONAF y contaminación de aguas de un lago", en Revista Chilena de Derecho UC. Vol. 19, 1992.
9. BINDER ROSAS, JAIME. La laboralización de la Función pública y la nueva gestión pública. Boletín Oficial. Dirección del Trabajo, Julio 2002.
10. CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. Las modalidades de la Actividad Administrativa y los principios que rigen la actuación. En Rolando Pantoja coord. Derecho Administrativo, 120 años de cátedra. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
11. CARBALLEIRA RIVERA, MARÍA TERESA. Las Fundaciones Privadas de la Administración Pública en el Derecho Comparado, Revista de Administración Pública Núm. 177, Madrid, septiembre-diciembre, 2008-
12. CARMONA SANTANDER, CARLOS. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.
13. CARMONA SANTANDER, CARLOS. Derecho Administrativo. Unidad III. La organización administrativa. Primera Parte. Universidad de Chile, Santiago, 2008.
14. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Utilización por la Administración Pública del Derecho Privado. Revista de Derecho Público N° 60. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1996.
15. CORPACI, ALFREDO. Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente. Revista de Documentación Administrativa N° 243. Función Pública y laboralización.
16. CLAVERO ARÉVALO, MANUEL. "Personalidad Jurídica. Derecho general y Derecho singular en las Administraciones Autónomas". Revista de Documentación Administrativa 1958-2005.
17. DANIEL ARGANDOÑA, MANUEL. La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

18. DANIEL ARGANDOÑA, MANUEL. Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso” N°10, Valparaíso, 1986.
19. DEL CASTILLO VÁSQUEZ, ISABEL. Administración Pública y Fundaciones Privadas. Las complejas relaciones de las Administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional. Revista de Administración Pública N° 167, Madrid, Mayo/ Agosto 2005.
20. DEL SAZ CORDERO, SILVIA. La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. Revista de Administración Pública N° 133, Enero- Abril 1994.
21. DEL SAZ CORDERO, SILVIA. La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección. Revista de Documentación Administrativa N° 243. Función Pública y laboralización.
22. DEL SAZ CORDERO, SILVIA. Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva Constitucional” en “Nuevas perspectivas del derecho Administrativo: Tres estudios”. Civitas, Madrid, 1992.
23. DESDENTADO DAROCA, EVA. “La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes”. Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1999.
24. DUCCI CLARO, CARLOS. Derecho Civil. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 2005.
25. Estudio de Evaluación de los Institutos Tecnológicos CORFO, Disponible en <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/40337/1/20Evaluaci%C3%B3n%20de%20los%20Institutos%20CORFO.pdf>

26. FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Límites en la aplicación del Derecho Privado en la actividad administrativa. En su: "Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de la tercera centuria". Buenos Aires: La Ley, 2002.
27. FERRADA, JUAN CARLOS. "La Administración Pública en la estructura de poder del Estado: Algunas reflexiones iniciales". Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco N°2, Temuco, 2001.
28. FERRADA, JUAN CARLOS. Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. Revista de Derecho Volumen XX (2), 2007.
29. GARCÍA MACHMAR, WILLIAMS. Ayudas Públicas. La Subvención del Derecho Administrativo. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Escuela de Graduados, Santiago, 2011.
30. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, 12°, Madrid, 2004.
31. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público. Revista de Administración Pública, N ° 129, Septiembre-Diciembre, 1992.
32. GARDAIS ONDARZA, GABRIELA. El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, Valparaíso, 2002.
33. GARRIDO FALLA, FERNANDO. Privatización y Reprivatización. Revista de Administración Pública N° 126 Septiembre-Diciembre 1991.
34. GORDILLO, AGUSTÍN A. La Administración paralela. El parasistema jurídico- administrativo. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982.
35. GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General. 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009.

36. GUTIÉRREZ SILVA, JOSÉ RAMÓN. El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, pp. 245 – 279, 2009.
37. Historia de la Ley N° 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.. Disponible en <http://www.leychile.cl/>
38. Historia de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado N° 20.285. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en <http://www.leychile.cl>
39. Informe de la Comisión Investigadora de las privatizaciones en Chile en el período 1973-1990 (extracto) Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. Año 1 Número 1, 2009. Disponible en http://www.camara.cl/camara/media/seminarios/revista_hemiciclo.pdf.
40. Informe de la Comisión investigadora sobre el Funcionamiento de la educación superior. Cámara de Diputados. Disponible en [http://educacion2020.cl/sites/default/files/comision_especial_investigador_a_del_sistema_de_la_educacion_superior_chilena .pdf](http://educacion2020.cl/sites/default/files/comision_especial_investigador_a_del_sistema_de_la_educacion_superior_chilena.pdf)
41. IRARRÁZAVAL, IGNACIO ET AL. Estudio comparativo del sector sin fines de lucro. Chile disponible en línea <http://www.pnud.cl/publicaciones/organizaciones-sin-fines-lucro.pdf>
42. KÜHN, CLAUDIA y ACUÑA, RUTH. “Fondos en el Derecho Público Chileno”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
43. LAGUNA DE LA PAZ, JOSÉ. La renuncia de la Administración Pública al derecho administrativo. Revista de Administración Pública N° 136, Enero-Abril 1995, Madrid, 1995.
44. LATORRE VIVAR, PATRICIO. Las Sociedades Estatales en el ordenamiento jurídico chileno. Naturaleza, límites y control de sus

actividades. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX, Valparaíso, 2008.

45. MARTÍN- RETORTILLO, SEBASTIÁN. Reflexiones sobre las privatizaciones. Revista de Administración Pública, N° 144, 1997.
46. MARTÍN- RETORTILLO, SEBASTIÁN Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública N° 140, Mayo- Agosto 1996.
47. MARTÍNEZ PUÓN, RAFAEL. Tendencias actuales en la profesionalización de la función pública en Latinoamérica: buenas y malas noticias. Revista enfoques, Segundo semestre, año/vol. VI, N° 009. Universidad Central de Chile, Santiago, Chile.
48. MINISTERIO DE HACIENDA. Gobierno de Chile. El Proceso Presupuestario En Chile, Aspectos Generales: Marco Legal, Actores Institucionales, Principales Aspectos De Modernización. Septiembre 2005.
49. OELCKERS CAMUS, OSVALDO. El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 1.1977.
50. OELCKERS CAMUS, OSVALDO. "Algunos aspectos esenciales en el proceso de Modernización de la Administración del Estado a fines del siglo XX". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII. Valparaíso, 1997.
51. PALLAVICINI MAGNÈRE, JULIO. El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales
52. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. Tratado de Derecho Administrativo V. 1. Editorial Abeledo-Perrot. Santiago, 2010.

53. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. Derecho Administrativo – Los funcionarios públicos como sujetos de Derecho Administrativo. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
54. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. La Organización Administrativa del Estado, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
55. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. El concepto de Derecho administrativo, Manual Jurídico N° 106, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
56. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. El Derecho Administrativo, Concepto, características, sistematización, prospección. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
57. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. El Principio de Control. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.
58. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. El control de la Administración Pública en Chile desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo. in Cienfuegos, D. “Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz”, Vol. 1, Administrative Law, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
59. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. Manual de Derecho Administrativo, 5° Edición. Editorial Ariel. Barcelona, 1998.
60. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. Revista de Documentación Administrativa, N° 218-219, 1989, [disponible en línea <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=283>].
61. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. La Potestad de autoorganización de la Administración Local. Revista de Documentación Administrativa (1958-2005). Número 228.
62. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. La organización y el régimen jurídico de la administración en cuanto actuación administrativa. Una reflexión desde

- el derecho español”. Revista del CLAD. Reforma y Democracia N°4, Caracas, 1995.
63. PIERRY ARRAU, PEDRO. “Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 23. Valparaíso, 2002.
64. PIERRY ARRAU, PEDRO. Cambios en la Estructura de la Administración del Estado. Revista Derecho Público N° 33-34, Santiago, 1983.
65. PIERRY ARRAU, PEDRO. “Transformaciones en la Organización Administrativa del Estado”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 6. Valparaíso, 1982.
66. PIERRY ARRAU, PEDRO. Cambios en la Estructura de la Administración del Estado. Revista Derecho Público N° 33-34, Santiago, 1983.
67. RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. 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.
68. RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. El primer año de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes. 2010
69. RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE Y GARCÉS, MARÍA F. Control de legalidad y procedimiento de toma de razón, en Un mejor Estado para Chile Planificación, control y evaluación de la acción del Estado. Centro de Políticas Públicas UC, Santiago, 2013
70. ROMÁN CORDERO, CRISTIÁN. La Para-Administración. Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado creadas a instancia pública. Público y Privado en Derecho Administrativo, Páginas 283 - 304, I, 2011
71. ROJAS CALDERON, CHRISTIÁN. “Empresas Públicas y Ley de Transparencia. Un intento por contener la “huida” del Derecho

- Administrativo". En Letelier W., Raúl, Rajevic M., Enrique y Alesch P., Johann coord. "Transparencia de la Administración Pública", Abeledo-Perrot, Santiago, 2010.
72. SÁEZ DE GUINOA, JOSÉ MARÍA RECIO. Nuevas perspectivas en los sistemas comparados de carrera funcional. Revista Aragonesa de Administración Pública. N° 38. 2008.
73. SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. Huida del derecho administrativo y huida del derecho. Revista Española de Derecho Administrativo N° 75.
74. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Cuarta Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid
75. SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema; Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2003.
76. SILVA CIMMA, ENRIQUE. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
77. STEINMEYER, ALFREDO. "Recuento de jurisprudencia del CPLT". (Disponible en <http://www.consejotransparencia.cl/recuento-de-jurisprudencia-del-cplt/consejo/2011-04-11/104045.html>).
78. SOSA WAGNER, FRANCISCO. La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales. en: Sosa Wagner, Francisco [coordinador]. El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
79. SOTO KLOSS, EDUARDO. Las Corporaciones Privadas de Desarrollo Social y su régimen de Fiscalización". Revista de Derecho Público N°31-32, 1982.
80. SOTO KLOSS, EDUARDO. Derecho Administrativo. Bases fundamentales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile v. 1,1996.
81. Universidades del CRUCH y entidades relacionadas. Consejo de Rectores de Universidades Chilenas. Anexo N° 39, Julio 2013, Santiago.

[disponible en línea http://www.consejoderectores.cl/web/pdf/acta-2013/546/Anexo_39.pdf]

82. VAQUER CABALLERÍA, MARCOS. El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. de Administración Pública N° 186, Septiembre-Diciembre 2011, Madrid, 2011.
83. VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, coord. Calvo Charro, María. Las entidades de derecho privado: Sociedades mercantiles y fundaciones. La Administración Pública Española. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2002.
84. WAISSBLUTH, MARIO. La Reforma del Estado en Chile 1990-2005. De la Confrontación al Consenso. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas.
85. ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. Los derechos de asociación y reunión: Nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales. Revista de Derecho Público - Vol. 79, 2° Sem. 2013.