



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Corporaciones Municipales: sobre la fiscalización y el uso de caudales públicos

Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Romina Alejandra Silva

Molinet

Profesor Guía: Julio Pallavicini Magnère

Santiago de Chile

Septiembre, 2024

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Patricia y Rodrigo, por siempre creer en mí; a mi hermana Renata, por ser la luz de mis días y a Chiri, por su apoyo desinteresado en todo mi proceso.

-Romina Alejandra Silva Molinet-

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1: CORPORACIONES MUNICIPALES.....	9
1.1 Concepto y Evolución	9
1.2 Marco Jurídico de las Corporaciones Municipales.....	11
1.3 Estructura de las Corporaciones Municipales.....	14
1.4 Patrimonio y Financiamiento.....	18
CAPÍTULO 2: PRINCIPIOS APLICABLES.....	20
2.5 Principio de Probidad Administrativa.....	21
2.2 Principio de Responsabilidad Administrativa.....	26
2.3 Principio de Transparencia.....	31
2.4 Principio de Eficiencia y Eficacia.....	36
2.5 ¿Por qué los principios anteriores son aplicables a las corporaciones municipales?.....	40
CAPÍTULO 3: LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	43
3.1 Derecho Administrativo y Administración del Estado.....	43
3.2 El fenómeno de la Huida del Derecho Administrativo.....	46
CAPÍTULO 4: FISCALIZACIÓN DE LAS CORPORACIONES MUNICIPALES.....	53
4.1 Ministerios.....	54
4.2 Tribunales de Justicia.....	59
4.3 Municipalidades.....	65

4.4 Consejo para la transparencia.....	71
4.5 Contraloría General de la República.....	77
4.5.1 Concepto y funcionamiento.....	77
4.5.2 ¿Por qué corresponde a la Contraloría General de la República fiscalizar a las corporaciones municipales?.....	79
CAPÍTULO 5: CASOS.....	82
5.1 Caso Quilpué.....	82
5.2 Caso Cerro Navia.....	85
5.3 Caso Antofagasta.....	88
CONCLUSIONES.....	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94
JURISPRUDENCIA	98

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto realizar un análisis a la naturaleza de las corporaciones municipales y su proceso de fiscalización en torno a la utilización de caudales públicos.

A lo largo de este trabajo consideraremos la evolución del concepto de Corporación Municipal, los entes encargados de su fiscalización en cada uno de los distintos ámbitos de estudio para finalmente ejemplificar a través de casos la problemática planteada.

En virtud de lo anterior, y debido a que las corporaciones municipales no han sido incluidas como parte de la “Administración del Estado”, analizaremos la normativa por la cual se rigen en conjunto con los dictámenes más relevantes en la materia.

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio de los tiempos hasta la actualidad, el Derecho Administrativo ha ido mutando y adquiriendo diversas funciones con el fin de adaptarse a las necesidades propias de la sociedad actual.

En palabras del profesor Luis Cordero Vega *“una de las cosas que demuestra esa evolución es la dramática expansión y el rango de tareas que ha debido abordar la Administración, producto de la propagación de las responsabilidades públicas. Esa expansión, con distintas denominaciones que no sólo se han traducido en más funcionarios estatales, ha resultado en un grado de interacción sin precedentes entre el Gobierno, la economía y la sociedad”*¹.

Continúa señalando además que *“esta expansión, a ratos inorgánica, ha significado el establecimiento de un conjunto de instituciones con diversas denominaciones, composiciones y atribuciones, que muchas veces hace imposible disponer de un criterio de diseño institucional y ejercicio de atribuciones discernibles, pese a los esfuerzos que han existido. Lo anterior se complejiza cuando en las últimas décadas la Administración ha procedido a utilizar instituciones organizacionales de Derecho privado para ejercer funciones públicas, o ha entregado a la gestión de servicios o actividades de interés general o potestativas a particulares”*².

Al día de hoy, *“la permanencia de estas formas instrumentales de derecho privado en la estructura organizacional, no sólo conllevan a 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”*³.

En virtud de lo anterior, la importancia del estudio de este tipo de fenómenos radica en analizar qué tipo de función cumplen estas entidades en el marco organizacional, la normativa por la cual se rigen y por tanto, quiénes son las instituciones llamadas a efectuar control.

Tal como podremos corroborar a lo largo de esta presentación, no existe en el

¹ CORDERO VEGA, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda edición corregida. Santiago. Thomson Reuters, p. 17.

² *Ibíd.* p. 18.

³ ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p.1

presente un cuerpo normativo completo que otorgue un panorama general acerca de las corporaciones municipales o de cómo se podría llevar a cabo una correcta fiscalización por lo que se hace necesario analizar cada una de estas aristas tomando en consideración normativa municipal, administrativa, dictámenes emanados de la Contraloría General de la República y en definitiva casos del Chile actual, con el único objeto final de establecer directrices para la protección de principios como la probidad y el buen uso de los recursos públicos.

Para llevar a cabo lo mencionado, en primer lugar estudiaremos a la Corporaciones Municipales como tal ¿qué son?; ¿cómo se estructuran?; ¿cómo se financian? Posterior a eso analizaremos los principios más relevantes en la materia y razonaremos en torno al por qué se aplican a estas entidades objeto de estudio. En tercer lugar y con el fin de problematizar sobre estas instituciones, ahondaremos acerca del fenómeno de “la huida del Derecho Administrativo” y por qué son las Corporaciones Municipales una manifestación de éste. En cuarto lugar nos referiremos a las instituciones encargadas de fiscalizar a estos organismos para finalmente ejemplificar a través de casos que han sido relevantes en la materia de estudio.

CAPÍTULO 1: CORPORACIONES MUNICIPALES

1.1 Concepto y evolución

Las corporaciones municipales son “personas jurídicas de derecho privado, creadas en virtud del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley N°1-3.063 de 1980 del Ministerio del Interior —que autorizó a las municipalidades a constituir este tipo de organizaciones de acuerdo con las normas del título XXXIII del libro I del Código Civil⁴— con el objeto de que se administrara y operara lo relativo a la salud, educación y atención de menores, cuestiones traspasadas desde el gobierno central a los municipios durante la década de los ochenta”⁵.

Uno de los cambios más significativos que atraviesa este concepto se da con la ley N°18.695

Orgánica Constitucional de Municipalidades y con el fallo ROL N°50 de 1988 del Tribunal Constitucional, el cual se pronuncia respecto del proyecto ley N°18.695 declarando inconstitucionales aquellas disposiciones del respectivo proyecto que facultaba a los municipios para organizar corporaciones y fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, con el objeto de realizar cometidos relacionados con las funciones municipales señaladas en el artículo 4° de ese ordenamiento, por cuanto esa facultad importaba otorgar a las entidades edilicias la atribución de trasladar funciones que les son propias, lo que resulta contrario a la Constitución Política de la República.

Enseguida, la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades se corrige y entra en vigencia en mayo del año 1988, modificando y, solo permitiendo desde entonces, la constitución o participación de las municipalidades en corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro⁶, destinadas a la promoción del arte, cultura y

⁴ Además de los decretos N°110/76 y 462/81 del Ministerio de Justicia, que aprueban el Reglamento Sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones y el Texto del Estatuto Tipo al que Podrán Ceñirse las Corporaciones Municipales del País, respectivamente.

⁵ ROJAS OPAZO, Jaime. (2023). La administrativización de las corporaciones municipales: Revisión a partir del Dictamen 160.316 del 2021 de la Contraloría General de la República. En Revista de Derecho Público, Núm. 98 (Julio 2023), p. 80.

⁶ Según el Servicio de Impuestos Internos son Organizaciones que no tienen como objetivo el lucro económico; esto es que, a diferencia de las empresas, las utilidades que generan no son repartidas entre sus socios, sino que se destinan a su objeto social. En consecuencia, los ingresos que obtienen y que solo estén constituidos por cuotas

deporte, así como también del fomento de obras de desarrollo comunal, dejándose estrictamente establecido que dentro de los fines de dichas entidades en ningún caso se comprenderá la administración y la operación de establecimientos educacionales o de atención a menores⁷.

En este contexto, se distinguen dos tipos o variantes de corporaciones municipales: aquellas creadas para administrar servicios públicos traspasados como educación, salud y atención a menores, cuya creación ya no está permitida pero que continúan operando si fueron establecidos antes de la entrada en vigencia de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; y aquellas creadas para promover el arte, cultura, deporte y desarrollo comunal, que aún pueden ser constituidas⁸ según la legislación vigente.

Es importante analizar especialmente las primeras, dado su papel en la administración de recursos públicos, aunque sean entidades de carácter privado. Sin embargo, se han identificado riesgos que podrían aplicarse a todas las corporaciones municipales, independientemente de sus objetivos, debido a la falta de controles similares a los de otros organismos que manejan recursos públicos.

Otro de los cambios que sufrió la regulación de las corporaciones municipales se dio a través de la N°20.500, en el año 2011, la cual estableció la obligatoriedad de llevar la contabilidad de dichas entidades conforme a los principios básicos y generales de contabilidad.

En la actualidad, el artículo 120 del DFL N°1 que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades señala que *“Una o más municipalidades podrán constituir o participar en corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, destinadas a la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo. Estas personas jurídicas se constituirán y regirán por*

sociales que aportan sus asociados, para el financiamiento de las actividades sociales que realiza, no constituyen renta para los efectos tributarios, como asimismo, todo otro ingreso que una ley determinada tipifique como no constitutivo de renta imponible. Dentro de este grupo se encuentran: Fundaciones; corporaciones; asociaciones gremiales; sindicatos; juntas de vecinos; cooperativas y otras instituciones cuyo objeto no es el lucro económico.

⁷ Artículo 131 DFL N°1 que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.695, orgánica constitucional de municipalidades.

⁸ En cuanto a la constitución de las corporaciones, el artículo 548 del Código Civil establece que el acto constitutivo constará en escritura pública o privada suscrita ante notario, oficial del Registro Civil o funcionario municipal autorizado por el alcalde.

las normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en esta Ley". Continúa en su artículo 130 estableciendo que *"las corporaciones o fundaciones a que se refiere este párrafo podrán formarse con una o más personas jurídicas de derecho privado o con otras entidades del sector público. En todo caso, la creación o participación municipal en estas entidades deberá ser aprobada por el concejo"*.

"Actualmente, de un total de 345 municipios a nivel nacional un 15%, equivalente a 54 comunas del país, cuenta con corporaciones municipales. Estas se enfocan principalmente al apoyo de las funciones de educación y salud traspasadas a las municipalidades. En el caso de la Región Metropolitana, de las 52 comunas 29 cuentan con corporaciones de este tipo. Por su parte, en el caso de los municipios que no cuentan con ellas, las funciones descritas se siguen ejerciendo directamente por el municipio, a través de su Departamento o Dirección de Administración de Educación y Salud Municipal, respectivamente, y como parte de su estructura organizacional"⁹.

1.2 Marco Jurídico de las Corporaciones Municipales

Para encuadrar adecuadamente la gestión de las corporaciones municipales, es esencial comprender el diverso marco jurídico que las rodea. Dicho marco está conformado por una variedad de normativas y criterios emanados por la Contraloría General de la República. A su vez, cada una de estas normativas establecen un conjunto inicial de reglas aplicables a estas entidades, aunque no excluyen la existencia de regulaciones complementarias que aborden aspectos más específicos.

En este sentido, la regulación de las corporaciones municipales se basa en un conjunto de normas que pueden aplicarse en su totalidad o en parte, dependiendo de las circunstancias particulares. Este enfoque garantiza un marco jurídico adaptable, cubriendo las diversas actividades y responsabilidades de estas entidades en el ámbito municipal.

⁹ DÍAZ P, PAULA. (2017). Análisis del marco jurídico de las corporaciones municipales en Chile. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile, Santiago, p. 9.

De esta manera, el marco jurídico de estas entidades se encontraba compuesto por:

- Título XXXIII del libro I del Código Civil, artículos 545 y siguientes.
- Decreto con Fuerza de Ley N°1-3.063 de 1980, del Ministerio del Interior y sus modificaciones.
- Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Dispone la Reestructuración y Fija Funciones de la Dirección del Trabajo.
- Decreto N°462 de 1981, del Ministerio de Justicia, que aprueba el estatuto tipo al que podrán ceñirse las Corporaciones Municipales del país, que soliciten el otorgamiento del Beneficio de Personalidad Jurídica en Conformidad a las Disposiciones del art. 12 del CFL N°1-3063, de 1980.
- Decreto N° 469, de 2014, del Ministerio de Educación, Aprueba Reglamento que Establece las Características, Modalidades y Condiciones del Mecanismo Común de Rendición de Cuenta Pública del Uso de los Recursos, que deben Efectuar los Sostenedores de Establecimientos Educativos Subvencionados o que Reciban Aportes del Estado.
- Decreto Ley N°3.063 sobre Rentas Municipales, del Ministerio del Interior, modificado por el Decreto Ley N°2.385 de 1996.
- Decreto N°110 de 1979, del Ministerio de Justicia, que aprueba el Reglamento sobre concesiones de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones que indica.
- Ley N°19.378 que Establece Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.
- Ley N°20.237, de 2007, Modifica el DL N°3.063, de 1979 sobre Rentas Municipales, la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y otros cuerpos legales, en relación con el Fondo Común Municipal y otras materias municipales.
- Ley N°20.500, de 2011, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la

Gestión Pública¹⁰.

- Ley N°20.527, de 2011, Modifica la Ley N°18.965, Orgánica Constitucional de Municipalidades y Regula la Asociaciones Municipales.
- DFL N°1-19.653 que “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado” de 2001¹¹.
- DFL N°1 que “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades” de 2006¹².
- Resolución Exenta 1.830 de 24 de junio 2013, del Ministerio de Justicia, que fija el límite patrimonial para Asociaciones y Fundaciones que deben someterse al examen de auditores externos e imparte instrucción que indica.

Luego de la emisión del Dictamen N°160.316 de 2021¹³, el marco jurídico de las corporaciones se ha ampliado incorporándose:

- Ley N°19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado¹⁴.
- Ley N°19.886, Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación

¹⁰ Con la entrada en vigencia de esta Ley se introducen modificaciones entorno a la entidad encargada del procedimiento para la obtención de personalidad jurídica, la que anteriormente correspondía al Ministerio de Justicia y posteriormente a la Secretaría Municipal, así como también en lo relativo a otros aspectos del Título XXXIII, del Libro I del Código Civil como por ejemplo la composición del directorio, obligatoriedad de llevar la contabilidad de acuerdo a los principios generales de esta, el contenido que deberán tener los estatutos de las personas jurídicas, entre otros.

¹¹ DFL N°1-19.653 que “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”. Para términos prácticos, en adelante, haremos referencia a él directamente como Ley N°18.575, entendiendo que esta norma ha sido refundida por el DFL-1 de 17 de noviembre 2001.

¹² DFL N°1 que “Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades”. Para términos prácticos, en adelante, haremos referencia a él directamente como Ley N°18.695, entendiendo que esta norma ha sido refundida por el DFL-1 de 26 de julio de 2006.

¹³ En este dictamen la Contraloría General de la República dispone que las corporaciones municipales, si bien se conforman de acuerdo al Derecho Privado, son creadas por el Estado para la satisfacción de necesidades públicas, contando para ello con financiamiento fiscal. En efecto, conforme al principio de supremacía de la realidad, estos órganos son creados para el desarrollo de una función pública, razón por la cual deben ser considerados como órganos públicos para efectos de la aplicación de la normativa propia del Derecho Administrativo.

¹⁴ En el marco del proceso de fiscalización a corporaciones municipales que la Contraloría General de la República efectúa, la Ley N°19.880 tiene aplicación supletoria en materia de rendición de cuentas, según lo dispuesto por dicha entidad de control en su dictamen N°13.813/2017.

de Servicios¹⁵.

- Ley N°20.285, Sobre Acceso a la Información Pública¹⁶.
- Ley N°20.730, Regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares antes las autoridades y funcionarios¹⁷.
- Ley N°20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses¹⁸.
- Decreto N°2421 que Fija el texto refundido de la Ley N°10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.
- DFL N°1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°19.070 que Aprobó el Estatuto de los profesionales de la Educación, y de las leyes que la complementan y modifican.

1.3 Estructura de las Corporaciones Municipales

En términos generales, podemos decir que las corporaciones municipales se estructuran conforme a lo que señalen sus propios estatutos, los cuales a su vez se rigen por lo establecido en el Decreto N°462 de 1981 del Ministerio de Justicia.

En cuanto a la administración de dichas entidades, podemos detectar a priori tres grandes figuras: el directorio, el Alcalde y el Secretario General de la corporación.

Comenzando por el directorio, el decreto N°462 dispone en su Título IV,

¹⁵ Con el dictamen señalado se revierte la jurisprudencia respecto a que la normativa de compras públicas no le era aplicable a las corporaciones municipales. El dictamen N°160.316 de 2021 argumenta que, cumpliendo labores públicas y desarrollando sus adquisiciones y contrataciones con fondos públicos, les corresponde ajustarse a la normativa de compras públicas, quedando entonces, sujetas a la fiscalización de la Contraloría.

¹⁶ El dictamen N°160.316 de 2021 de la Contraloría General de la República se pronuncia en el sentido de que las corporaciones municipales quedan obligadas a mantener en público los antecedentes que indica la ley. Ello, respecto a que estas organizaciones cumplen funciones públicas desarrolladas con fondos públicos. Ahora bien, la Contraloría se había manifestado con anterioridad en relación a la aplicación de la ley N°20.285 respecto de las corporaciones municipales, señalando que esta les era aplicable, es decir, que quedaban sujetas al cumplimiento y observancia tanto del principio de transparencia como probidad, dejando la fiscalización al Consejo para la Transparencia, tal como se señala en los dictámenes 16.630 de 2018 y 80.975 de 2014.

¹⁷ En virtud del dictamen N°160.316 de 2021, la Contraloría establece que el artículo 4° de la ley N°20.730 permite incluir como sujetos pasivos de lobby a los directores y secretarios ejecutivos de las corporaciones municipales, puesto que ejercen acciones decisorias relevantes conforme regula la normativa.

¹⁸ Estima la Contraloría en virtud de su dictamen N°160.316 de 2021 que los secretarios ejecutivos y directores de las corporaciones municipales deben presentar la Declaración de Intereses y Patrimonio, sea que reciban retribución por sus labores o no.

artículo 15 *“La Corporación será administrada por un Directorio compuesto de 4 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 lo estime conveniente”*. En su inciso final señala además que *“El directorio administrará la Corporación y sus bienes con las más amplias facultades, sin perjuicio de las que en materia de supervigilancia y fiscalización se señalan en el artículo 3° de los presentes estatutos, pudiendo acordar y celebrar todos los actos y contratos que tiendan al cumplimiento de sus fines, con excepción de aquellos que se reserven al acuerdo de la Asamblea General de Socios”*.

Por su parte, el artículo 16° inciso segundo señala *“El presidente del Directorio lo será también de la corporación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que este estatuto señala. En los judicial, tendrá todas las facultades de ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo para el ejercicio de las mismas, conferir poderes a uno o más directores o al Secretario General a que se refiere el artículo 26°”*.

Los integrantes del Directorio no podrán ser más de cinco en total, considerando al presidente, y conforme al artículo 17° durarán dos años en el ejercicio de sus cargos, con posibilidad de reelección. En la mayoría de los casos, las corporaciones municipales son integradas en sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o por personas nombrados por éstos.

Finalmente, en cuanto al Secretario General de la corporación, el artículo 26° establece que *“es un funcionario designado por el Directorio de la corporación y será de su exclusiva confianza. El Secretario General no forma parte del Directorio y su cargo es remunerado”*. En cuanto a sus deberes y atribuciones se encuentran dirigir las labores de carácter económico y administrativo para el cumplimiento de los fines de la corporación, ejecutar acuerdos, rendir cuentas al directorio de su gestión administrativa, proponer anualmente el presupuesto de la corporación, custodiar fondos, entre otras.

Por otro lado, en lo referente al personal que trabaja en las corporaciones municipales, el artículo 134 del DFL N°1 que Fija el texto refundido, coordinado y

sistematizado del Decreto Ley N°2.763, de 1979 y de las leyes N°18.933 y N°18.469 establece: *“El personal que labore en las corporaciones y fundaciones de participación municipal se regirá por las normas laborales y previsionales del sector privado”*, lo que genera diversas consecuencias; como primer lugar podemos mencionar la discrepancia que se presenta entre la normativa aplicable a los trabajadores municipales versus los trabajadores de las corporaciones municipales. Los primeros se rigen principalmente por su propio estatuto y solo de manera supletoria por el Código del Trabajo. Por otro lado, el personal de las corporaciones municipales, tal como se mencionaba en el artículo 134, se rige por las normas laborales y previsionales del sector privado, es decir, por el Código del Trabajo.

En virtud de esto es que nace una segunda diferencia, la que dice relación con cuáles son los entes encargados de fiscalizar a unos y a otros. Si tenemos en consideración que las corporaciones municipales se rigen únicamente por las normas del Código del Trabajo, podemos entonces excluirlas, en principio, de un control más exhaustivo o riguroso por parte de una entidad fiscalizadora diversa como sería la Contraloría General de la República y solo podría ser supervigilada, por ejemplo, por la Dirección del Trabajo.

Precisamente, en esa línea se ha manifestado la Contraloría General de la República en su Dictamen N°40.491, del 28 de Julio de 2011 donde establece: *“de acuerdo con la jurisprudencia de este Organismo Contralor, contenida, entre otros, los dictámenes N°s 69.200 y 48.113, ambos del año 2010, la facultad de interpretar, así como la de fiscalizar la aplicación de las normas de carácter laboral que rigen al personal que se desempeña en establecimientos educacionales administrados por corporaciones municipales a que se refiere el decreto con fuerza de ley N°1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, como el de la especie, corresponde exclusivamente a la Dirección del Trabajo, toda vez que dichas entidades constituyen personas jurídicas de derecho privado, cuyo personal no tiene la calidad de funcionario municipal, situación que impide que la Contraloría General se pronuncie sobre la materia planteada. En dicho contexto, y conforme a lo previsto en el artículo 14° de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, corresponde remitir los antecedentes*

respectivos a la autoridad competente, en este caso, a la Dirección del Trabajo”.

Es importante tener en cuenta que aunque el personal que trabaja para las corporaciones municipales está sujeto a las leyes laborales y previsionales del sector privado, esto es, por el Código del Trabajo, esto no implica que no posean un marco regulador específico. Es aquí donde nace una tercera discrepancia en torno a si deben o no reconocerse las cláusulas tácitas por parte de cada uno de los entes fiscalizadores ya mencionados.

Por un lado, se debe traer a la vista lo manifestado por la Contraloría General de la República en sus dictámenes N°55.344¹⁹, de 2006, 21.281, de 2009 y finalmente en su Dictamen N°31.953 de 23 de abril de 2015, el que precisamente señala: *“ En este sentido, se debe tener presente lo manifestado en los dictámenes N°s. 55.344, de 2006, y 21.281, de 2009, de este origen, en los que se ha expresado que dentro del contexto de una relación de derecho público regida por el Código del Trabajo, sólo pueden hacerse valer las estipulaciones que el órgano empleador ha pactado en términos formales y explícitos con el trabajador, siendo inadmisibles las manifestaciones tácitas de voluntad del Estado y sus organismos, como sucedería en el caso de las llamadas cláusulas tácitas, objeto de las transacciones a las que se refiere la presentación”.*

Por el contrario, la Dirección del Trabajo en Ord. N°653/16 7 de Febrero de 2017, se pronuncia al respecto señalando en primer lugar que: *“Una relación laboral no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del contrato de trabajo escriturado, sino que también deben entenderse como incorporadas al mismo aquellas cláusulas que deriven de la reiteración de un pago u omisión de determinados beneficios, que si bien no se encuentra escrituradas han sido reiteradamente aplicadas por las partes durante un lapso prolongado de tiempo, con la aceptación diaria o periódica de las mismas, configurando de esta forma un consentimiento tácito entre*

¹⁹ El dictamen 55.344 de 2006 se manifiesta en torno a la procedencia de las “cláusulas tácitas” del contrato de trabajo, en relación a los trabajadores de las Corporaciones de Asistencia Judicial del país. En ese entendido, la Contraloría General de la República estima que *“dentro del contexto de una relación laboral de derecho público, regida por el Código del Trabajo, sólo pueden hacerse valer aquellas estipulaciones que el órgano público empleador ha pactado en términos formales y explícitos, siendo por lo tanto inadmisibles en dicho ámbito estatutario-contractual, la concurrencia de manifestaciones tácitas de voluntad del Estado y sus organismos”.*

ellas, lo que da origen a la cláusula tácita, que debe ser entendida como parte integrante del respectivo contrato individual de trabajo". Continúa diciendo que en relación a los trabajadores de las Corporaciones Municipales, cuando estos se encuentren regidos ya sea completa o supletoriamente por el Código del Trabajo, corresponderá la aplicación de cláusulas tácitas.

En esta misma línea se pronuncia Ord. N°1812 12 de julio 2021 en tanto ratifica, en concordancia con el art. 9 del Código del Trabajo, que la formación del consentimiento no solo emana de la voluntad expresa de los contratantes, sino que también puede expresarse de manera tácita con excepción de aquellos casos en que la ley por razones de seguridad jurídica exige una manifestación expresa de voluntad.

Conforme a todo lo anterior, para que se verifique la existencia de una cláusula tácita en el contrato de trabajo, deberán concurrir los siguientes elementos:

1. Reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral;
2. Voluntad de las partes, esto es, del comportamiento de las partes debe desprenderse inequívocamente que estas tenían un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su aquiescencia tácita a la modificación del mismo;
3. Esta modificación no puede referirse a materias de orden público, ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se estipulen de manera expresa.
4. Finalmente, verificada la existencia de una cláusula tácita, esta no puede ser dejada sin efecto sino por el consentimiento mutuo de las partes contratantes o bien por causales legales²⁰.

En virtud de lo anteriormente planteado podemos notar que la posición de ambos entes fiscalizadores, esto es, la Contraloría General de la República, como la Dirección del Trabajo, respecto de la misma materia es diametralmente opuesta, lo que genera riesgos bastante latentes en materia de probidad, así como de

²⁰ De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5° del Código del Trabajo y 1545 del Código Civil.

coordinación y eficacia.

1.4 Patrimonio y Financiamiento

Tal como señala Jaime Rojas Opazo en “La administrativización de las corporaciones municipales”, el patrimonio de aquellas está conformado por:

- Fondos públicos recibidos desde el gobierno central, cuyo objeto es financiar los servicios de educación, salud y atención de menores traspasados, así como recursos transferidos desde la misma municipalidad. Conforme la normativa vigente, estos fondos pasan a ser propios de la corporación y se encuentran destinados a una finalidad concreta, de modo que únicamente pueden ser empleados en los objetivos específicos para los que fueron conferidos.
- Recursos privados generados por la propia entidad, como serían las cuotas que aporten socios cooperadores en la forma que dispongan los estatutos o aquellos que ingresen por medio de donaciones, herencias, legados que reciba, así como todo ingreso legal que le corresponda.

En virtud de lo anteriormente expuesto, debemos recordar lo señalado en torno a la primera modificación que sufrió el concepto de Corporaciones municipales con la entrada en vigencia de la ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en marzo del año 1988, la cual establece que las corporaciones no pueden actuar con fines de lucro.

En este entendido, un aspecto que toma relevancia es el hecho de que las corporaciones están autorizadas para recibir donaciones de carácter privado sin que exista la obligación de explicitar quiénes y por qué las entregan, afectando directamente los principios a los que deben ceñirse dichas entidades. Un ejemplo de esto es el caso ocurrido en la Corporación Cultural de Recoleta y la Fundación Womad, las cuales recibieron aportes otorgados por la Municipalidad de Recoleta en el marco de la realización del Festival Womad 2020. En tal sentido se realiza una auditoría por la Contraloría la que concluyó en el Oficio final N°269-2021²¹ el que señala que en el

²¹ Oficio final N°269-a sobre primeros resultados auditoría a las transferencias otorgadas por la Municipalidad de

año 2019 la Corporación Cultural de Recoleta recibió una donación proveniente de la empresa Itelcom Holding Chile SpA, por la suma de \$50.000.000, con la cual pagó a la productora encargada de llevar a cabo dicho festival. No obstante tal donación “habría sido devuelta” según consta en los comprobantes de egreso a la referida empresa Itelcom, atendido que esta no se enmarcaba en un proyecto cultural aprobado por el Comité Calificador de Donaciones Culturales. Considerando que la Corporación no acreditó el origen de los recursos que habría supuestamente restituido a la sociedad donante, ello ocasiona un desembolso injustificado y por consecuencia un detrimento al patrimonio de esa corporación municipal, ocasionando por consiguiente que la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago remita los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado y al Ministerio Público en búsqueda de las responsabilidades que procedan.

Tal como pudimos analizar con anterioridad, las corporaciones municipales cuentan con un marco regulatorio distinto a otras entidades, así como también a la misma municipalidad. En este sentido la normativa que regula el uso y control presupuestario, financiero y contable de los fondos de las municipalidades se rige por el Decreto ley N°1.263 “Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado”, observando así el Sistema de Contabilidad General de la Nación, impartido y fiscalizado por la Contraloría General de la República. Por el contrario, las corporaciones no aplican esta normativa, debiendo llevar su contabilidad en conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general, según lo prescribe el artículo 557-1 del Código Civil el que señala: *“Las personas jurídicas regidas por este Título estarán obligadas a llevar contabilidad de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general. Deberán además confeccionar anualmente una memoria explicativa de sus actividades y un balance aprobado por la asamblea o, en las fundaciones, por el directorio. Las personas jurídicas cuyo patrimonio o cuyos ingresos totales anuales superen los límites definidos por resolución del Ministerio de Justicia, deberán someter su contabilidad, balance general y estados financieros al examen de auditores externos independientes designados por*

la asamblea de asociados o por el directorio de la fundación de entre aquellos inscritos por el Registro de Auditores Externos de la Superintendencia de Valores y Seguros”.

Estas diferencias en el tratamiento y regulación de las corporaciones municipales respecto a otras entidades públicas pueden comprometer la transparencia, la rendición de cuentas y el uso eficiente de los recursos, afectando en última instancia la integridad y la eficacia de la gestión pública local.

CAPÍTULO 2: PRINCIPIOS APLICABLES

El artículo 3 inciso 2 de la Ley N°18.575 establece que: *“la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con las Constitución Política y las leyes”.*

Para efectos de esta presentación, nos remitiremos únicamente a los principios de probidad, de responsabilidad administrativa, transparencia y publicidad, eficiencia y eficacia en virtud de la relevancia que toman para el correcto análisis de esta problemática.

2.1 Principio de Probidad Administrativa

El principio de probidad se encuentra consagrado en el artículo 8 inciso 1 de la Constitución Política de la República, el que señala: *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”*, es decir, impone el deber de los funcionarios de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines preestablecidos. Nótese que el término función pública es más amplio que la noción de funcionario público cuyo ámbito es

mucho más acotado²².

De igual manera, la Ley N°18.575 en su título III “De la probidad administrativa”, artículos 52 y siguientes lo sitúa como un supra principio de la actuación administrativa, en virtud de que hace depender de él otros “sub principios” como la publicidad, transparencia, imparcialidad, eficacia y eficiencia²³; señalando además las reglas generales: *“Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o de contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa. El principio de la probidad consiste en observar una conducta funcionaria intachable²⁴ y un desempeño honesto y leal de la función o cargo²⁵, con preeminencia del interés general sobre el particular²⁶”*. Es así que la probidad es mucho más que no cometer delitos funcionarios como la malversación de fondos públicos o el tráfico de influencias. Implica una actitud de vida, una visión y una misión laboral²⁷.

Para permitir que este principio se haga realidad, la Ley adopta diversas medidas: establece inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos (Artículos 54, 55 y 55 bis de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), describe conductas que “contravienen

²² CAMACHO CÉPEDA, Gladys. (2008). 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, p. 263.

²³ Ibid.

²⁴ Esto significa que las actuaciones de los servidores públicos deben adecuarse completamente a los deberes que les fija la ley y constituir un testimonio de ética pública ante la comunidad. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 16. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

²⁵ Las funciones o cargos públicos implican prestar servicios para una entidad especial: la Administración del Estado, que está a cargo del logro del bien común como todos los poderes públicos, asumiendo tareas que los agentes privados no pueden desarrollar y que son las que justifican la existencia del Estado, como la lucha contra la pobreza, la administración de justicia o la seguridad ciudadana. Quien trabaja para el Estado se hace parte de esta tarea y, por lo tanto, debe actuar de manera recta y comprometida con ella, desarrollando una gestión no solo honesta, también eficiente y eficaz. Ibid.

²⁶ El logro del bien común supone que los intereses particulares deben conjugarse con el interés general que, finalmente, es el interés de todos. El bien común, dice la CPR (art. 1°, inc.4°) implica “crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”. La misma carta fundamental dispone que el Estado está al servicio de las personas y no al revés. Pero esto no consiste en estar al servicio de algunas personas determinadas por sobre las demás; consiste en ponderar los intereses de todos y adoptar aquellas decisiones que permitan que los integrantes de la comunidad en su conjunto logren su máximo desarrollo. Ibid.

²⁷ RAVEST, Maximiliano. (2015). Probidad y Transparencia: Principios fundamentales del Estado. En Diario Constitucional. Santiago. Disponible en https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/probidad-y-transparencia-principios-fundamentales-del-estado/#goog_rewarded

especialmente el principio de probidad administrativa” (artículo 62 del mismo cuerpo legal) y establece deberes positivos derivados de la probidad, como la necesidad de prestar ciertas declaraciones para acceder a cargos públicos, incluidas las declaraciones de intereses y de patrimonio de las altas autoridades²⁸.

Tal como señalamos, el artículo 62, describe las conductas que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, siendo estas:

- 1) Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviera acceso en razón de la función pública que se desempeña;
- 2) Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;
- 3) Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros;
- 4) Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;
- 5) Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza. Exceptúense de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación. El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;
- 6) Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta

²⁸ CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal. (2023). Probidad Administrativa. En Derecho (Alfabetizado) de la administración pública chilena. 7ª edición, p. 282.

el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;

- 7) Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga;
- 8) Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración, y;
- 9) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado”.

Tal como señala Jorge Bermúdez Soto: *“Una de las formas más ordinarias de vulnerar dicho principio lo constituyen los actos de corrupción que se pueden producir dentro de la Administración del Estado”*²⁹, es así que respecto de la probidad administrativa, existen múltiples dictámenes de la Contraloría General de la República que se refieren específicamente a conductas que infringen o contravienen dicho principio.

El dictamen N°47.565 de la CGR, de 26 de julio de 2013, ejemplifica uno de los casos de vulneración al principio de probidad, específicamente en el numeral 6 del artículo 62. Todo esto se da en el contexto de la adjudicación a la Fundación de Desarrollo Educacional y Tecnológico La Araucanía (FUDEA) de la prestación de ciertos servicios, por parte de la Dirección Regional del Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC), atendido a que una integrante del comité de evaluación del licitante sería cónyuge de un empleado de la entidad adjudicataria.

Dentro de los análisis que realizó la Contraloría encontramos en primer lugar que SERCOTEC es una corporación de derecho privado que se rige por sus

²⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). Derecho Administrativo General. Segunda edición. Santiago. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, p. 327.

estatutos y por las normas del título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, y que si bien, no forma parte de la Administración del Estado, integra el sector público para los fines previstos en el decreto ley N°1.263 de 1975. En segundo lugar establece que SERNOTEC, en virtud del dictamen N°40.233 de 2010, se encuentra dentro de la hipótesis del artículo 16 inciso segundo de la ley N°10.336³⁰ sobre Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República por lo que queda sujeta a la fiscalización de la Contraloría. Por todo lo anterior, todos los trabajadores de SERNOTEC se encuentran obligados a dar observancia al principio de probidad administrativa, guardando estricta imparcialidad en sus decisiones. Situación que no se cumple toda vez que dentro del comité de evaluación del licitante se encontraba la cónyuge de un empleado del departamento de Finanzas de la entidad adjudicataria, hipótesis que configura una conducta contraria al principio de probidad administrativa lo que amerita una investigación de la Contraloría con el fin de determinar la eventual concurrencia de las responsabilidades que deriven de los hechos mencionados.

En cuanto a los instrumentos orientados a garantizar la vigencia del principio de probidad, encontramos en primer lugar como medidas preventivas, las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado contenidas en el artículo 54 de la ley N°18.575, la que se ve manifestada en la declaración de inhabilidades que ha de presentar todo postulante a un cargo público y que se encuentra regulada en el artículo 55 de la ley orgánica. Asimismo, el artículo 55 bis del mismo cuerpo legal establece que: *“No podrá desempeñar las funciones de Subsecretario, jefe superior de servicio ni directivo superior de un órgano u organismo de la Administración del Estado, hasta el grado de jefe de división o su equivalente, el que tuviere dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que justifique su consumo por un tratamiento médico.”* Del mismo modo que en los casos del artículo 54, el interesado deberá presentar una declaración jurada que acredite que no se encuentra afecto a esta causal de inhabilidad. Igualmente, para prevenir el consumo de sustancias o drogas

³⁰ Actualmente Decreto N°2.421 que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

estupefacientes o psicotrópicas, el legislador ha estatuido un procedimiento de control de consumo de estas sustancias que deberá aplicarse en forma reservada, aleatoria y resguardando la dignidad e intimidad de los funcionarios examinados (artículo 61 LOCBGAE)³¹.

Siguiendo con los instrumentos o mecanismos orientados a cautelar el principio de probidad, nos encontramos con el artículo 56 de la LOCBGAE el que establece incompatibilidades o prohibiciones de los funcionarios de la administración del estado en relación con el ejercicio libre de sus profesiones, industrias, comercios u oficios, esto es, pueden ejercerlos siempre que no perturben el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios y deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados.

Finalmente, todos los mecanismos anteriormente enunciados tienen directa relación y se complementan con el artículo 62 del mentado cuerpo legal el que identifica las actuaciones que la ley orgánica directamente configura como atentatorias a la probidad administrativa y que como tal, harán surgir la responsabilidad administrativa y sus correspondientes sanciones.

2.2 Principio de Responsabilidad Administrativa

“Corresponde a la responsabilidad que tiene el empleado público, por el hecho de ser tal, y que surge por infracción a sus obligaciones y deberes funcionarios”³².

El principio de responsabilidad administrativa se encuentra consagrado en distintos cuerpos legales:

- 1) En primer lugar en el DFL 29 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.824, sobre estatuto administrativo, Título V “De la Responsabilidad Administrativa”, artículos 119 a 145.

³¹ CAMACHO CÉPEDA, Gladys. (2008). 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, p. 265.

³² BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). Derecho Administrativo General. Segunda edición. Santiago. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, p. 363.

En ese sentido, el artículo 119 en su inciso segundo establece: *“los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria³³ o sumario administrativo³⁴”*.

En base a esta definición, podemos señalar que los elementos que configuran la responsabilidad administrativa son: i) Infracción de los deberes y obligaciones que establece el Estatuto administrativo por parte de un funcionario o agente público³⁵; ii) existencia de una investigación sumaria o de un sumario administrativo. Ambos son mecanismos para establecer la efectividad de las contravenciones, sus circunstancias y la identidad de sus autores, garantizando un proceso justo para las personas investigadas. La diferencia fundamental entre ambas radica en lo concentrado y abreviado del procedimiento de la investigación sumaria, a diferencia del relativamente extenso sumario administrativo; iii) aplicación de una medida disciplinaria.

En cuanto a las medidas disciplinarias, el dictamen N°29.382 de 1993 de la Contraloría General de la República, señala que estas son *“los medios que la ley contempla para castigar al funcionario que infringe sus deberes de tal, previo un proceso formal destinado a establecer su responsabilidad administrativa, según decisión de la autoridad con potestad punitiva para imponer esas sanciones”*. En ese mismo sentido, el artículo 121 del DFL 29 enumera cada una de ellas, dentro de las que encontramos censura³⁶, multa³⁷, suspensión del empleo desde treinta días a tres

³³ Consiste en una investigación que tiene un plazo de 5 días de duración, la cual tiene como fin verificar la existencia de los hechos, la participación y la responsabilidad consiguiente de los funcionarios involucrados. Transcurrido el plazo, el investigador realiza un informe el cual es entregado a la autoridad que ordenó el inicio de la investigación sumaria.

³⁴ A diferencia de la investigación sumaria, el sumario administrativo se caracteriza por proceder ante hechos que revisten tal naturaleza o gravedad que lo hacen exigible. La investigación tiene como plazo 30 días, los cuales pueden ser prorrogados y tiene el carácter de secreta. Al término del plazo se cierra la investigación y se formulan cargos o se sobresee. En caso de que se formulen cargos, la investigación pierde el carácter de secreta.

³⁵ Cabe señalar que tratándose de personas sujetas al Código del Trabajo no procede aplicar las medidas disciplinarias que contempla el Estatuto Administrativo, pero si procede aplicar los mecanismos de dicho Código (como los artículos 160 o 154 N°10, en su caso). Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 128. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

³⁶ Artículo 122 DFL 29: *“la censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente”*.

³⁷ Artículo 123 DFL 29: *“la multa consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de ésta. El funcionario en todo caso*

meses³⁸, y destitución³⁹.

2) Asimismo en el Título VII “Extinción de la Responsabilidad”, del mismo cuerpo legal, artículos 157, 158 y 159.

Artículo 157: *“La responsabilidad administrativa del funcionario se extingue: a) Por muerte. La multa cuyo pago o aplicación se encontrare pendiente a la fecha de fallecimiento del funcionario, quedará sin efecto; b) Por haber cesado en sus funciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 147; c) Por el cumplimiento de la sanción, y d) por la prescripción de la acción disciplinaria”.*

3) Artículos 4^o⁴⁰, 42 y 46 inciso 2 de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Sumado a lo anterior, el artículo 120 del DFL 29 establece que: *“La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión provisional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos...”*

mantendrá su obligación de servir el cargo. Se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala: a) si la multa no excede el diez por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de dos puntos; b) si la multa es superior al diez por ciento y no excede del quince por ciento de la remuneración mensual, a anotación será de tres puntos, y; c) si la multa es superior al quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de cuatro puntos”.

³⁸ Artículo 124 DFL 29: *“la suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de una cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo. Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente”.*

³⁹ Artículo 125 DFL 29: *“la destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario. La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos: a) ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada; b) infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este estatuto; c) condena por crimen o simple delito, y; d) presentar denuncias falsas de infracciones disciplinarias, faltas administrativas o delitos, a sabiendas o con el ánimo deliberado de perjudicar al o a los sujetos denunciados; e) ejecutar acciones de hostigamiento en contra de cualquier persona que efectúe una denuncia de acuerdo a lo previsto en la ley, o declare como testigo en una investigación administrativa o ante la justicia, afectando su indemnidad o estabilidad en el empleo, su vida o integridad, su libertad o su patrimonio, o que produzca la misma afectación respecto de un miembro de su familia; f) en los demás caos contemplados en este estatuto o leyes especiales”.*

⁴⁰ *“El estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.*

En virtud de esto, podemos comprender que hay distintos tipos de responsabilidad en la que pueden incurrir los funcionarios, siendo esta no solo la responsabilidad administrativa, sino que también la responsabilidad civil, penal y política, las cuales son independientes entre sí y “acumulables” unas con otras, puesto que lo que se resuelva en una de ellas no tiene relación con lo que se resolverá en las demás, lo que se traduce en el Principio de la independencia de Sanciones que rige la responsabilidad administrativa. Del mismo modo, la autoridad administrativa puede aplicar una medida disciplinaria al margen de lo que ocurra en el proceso penal que paralelamente se esté desarrollando en la justicia ordinaria y aun cuando en ese proceso no se hubiere dictado sentencia. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República en diversas oportunidades, poniendo como ejemplo los dictámenes N°4.005 de 1990 y N°2.531 de 2004, donde se establece que tanto el anterior como el actual Estatuto Administrativo han consagrado el principio de la independencia de la responsabilidad administrativa respecto de la civil y penal. No existiendo impedimento legal alguno para sancionar disciplinariamente a un empleado, no obstante haber sido condenado, absuelto o sobreseído definitivamente por la justicia ordinaria por los mismos hechos materia del sumario, si en éste se han acreditado, además, otras conductas constitutivas de faltas administrativas. Asimismo, la circunstancia de comprobarse, durante la tramitación de un sumario administrativo, que los hechos sujetos a investigación en ese procedimiento están siendo conocidos por un Tribunal de Justicia, no afecta a ese sumario, ni restringe tampoco la facultad de la autoridad administrativa para disponer, si no lo ha hecho antes, la instrucción de un proceso disciplinario sobre los mismos hechos.

En esa misma línea encontramos otro principio que rige la responsabilidad administrativa: el debido proceso. La ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 18, señala que en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento. Esto se traduce en que se contemplen diversas herramientas que permitan cumplir con el debido proceso, tales como la presencia de recursos en contra de las resoluciones de la autoridad, la obligatoriedad de la notificación de las resoluciones,

la posibilidad de inhabilitar a un fiscal pericial, la existencia de un periodo de prueba, entre otros⁴¹, y que se encuentra directamente ligado por el principio del derecho a defensa de los funcionarios.

En tercer lugar encontramos el principio de legalidad, por el cual, las sanciones administrativas sólo pueden aplicarse en conformidad con los preceptos legales que las establecen y por las causales y autoridades que en ellos se contemplan. Por lo tanto, no pueden aplicarse otras sanciones administrativas que las expresamente contempladas en la ley, debiendo respetarse en forma estricta los procedimientos existentes para imponerlas⁴². A su vez, este principio se encuentra fuertemente ligado con el principio pro-reo, según el cual deben aplicarse las medidas disciplinarias establecidas en la ley vigente al momento de cometerse la infracción, sin embargo, puede aplicarse una ley posterior a la infracción cuando contiene una sanción menos gravosa.

En cuarto lugar debemos señalar el principio de la proporcionalidad de las sanciones, el que se traduce en que la Administración, al ejercer su potestad sancionadora, debe atenerse al mérito del proceso e imponer una sanción que se ajuste a la gravedad del ilícito cometido, fundamentando su decisión en la resolución que aplica la sanción.

Finalmente, el principio de Inexcusabilidad establece que no puede acogerse como eximente de responsabilidad administrativa, el desconocimiento de sus obligaciones, puesto que de acuerdo al artículo 8° del Código Civil, nadie puede alegar desconocimiento de la ley después que esta haya sido publicada en el Diario Oficial.⁴³

En cuanto a la responsabilidad civil, esta puede presentarse según Jorge Bermúdez Soto en "Derecho Administrativo General"⁴⁴, en dos casos. El primero de ellos se basa en el daño patrimonial que sufre la Administración, provocada por el

⁴¹ Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 131. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

⁴² Ibid.

⁴³ Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 131. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

⁴⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). Derecho Administrativo General. Segunda edición. Santiago. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, p. 364.

funcionario que infringe sus obligaciones con dolo o culpa. El segundo ocurre cuando el daño lo sufre un administrado, dirigiéndose contra la Administración, la que posteriormente puede repetir contra el funcionario responsable.

Por otro lado, la responsabilidad penal abarcaría las situaciones donde la infracción realizada por el funcionario es susceptible de delito, tales como cohecho, tráfico de influencias, malversación de bienes o fondos, fraude al fisco, negociación incompatible, el incremento patrimonial relevante e injustificado, entre otros. Así como también delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios, como por ejemplo, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos o abusos contra particulares. Finalmente podemos mencionar delitos que afectan el buen funcionamiento de la Administración como nombramientos ilegales, usurpación de atribuciones, resistencia y desobediencia y denegación de auxilio y abandono de destino.

Finalmente, la responsabilidad política dice relación con el mal desempeño o las malas decisiones que pueden llegar a costarle el cargo a un funcionario, por el desprestigio que arriesguen a la ciudadanía⁴⁵. De igual modo dice directa relación con el juicio político y la acusación constitucional, consagrados ambos en el artículo 53 y 52 de la Constitución Política de la República.

2.3 Principios de Publicidad y Transparencia

El artículo 8° de la Constitución Política de la República establece que *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto⁴⁶ de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido*

⁴⁵ VALDIVIA, José Miguel. (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Tirant Lo Blanch, p. 132.

⁴⁶ Ciertamente, la reserva y el secreto son conceptos distintos, como lo es también la confidencialidad. La diferencia se haya en el mayor o menor grado de intimidad que tiene una y otro, la drástica con que se prohíbe divulgarlos y la sanción por su quebrantamiento, máxima en lo que es confidencial, y menor, aunque vigorosa, en el secreto y en la reserva, sucesivamente. SAINZ MORENO, Fernando (1991). “Secreto e información en el Derecho Público”. En Martín Retortillo, Sebastián (coordinador), III Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor

cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional. El presidente de la república, los ministros de estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública”.

La citada disposición, liga la publicidad de las actuaciones públicas con el principio de probidad y hace de la transparencia un principio general para todos los órganos del Estado que sólo puede exceptuarse por el legislador mediante una ley de quorum calificado fundada en causales tasadas por el propio texto constitucional, relativas a la afectación del debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.⁴⁷

En esa misma línea se manifiestan los artículos 3 y 13 de la Ley N°18.575, los que señalan que *“la administración del Estado deberá observar los principios de transparencia y publicidad administrativa”*, así como también que *“La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”*. Es así que la publicidad se refiere especialmente a la cualidad pública de la información y, a su vez, la transparencia se predica sobre los procedimientos, conductas y fundamentos que hacen posible la accesibilidad a dicha información, tornándola comprensible, escrutable y controlable por terceros⁴⁸. Tal como lo ha señalado Domingo Hernández, la publicidad *“se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligado al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”*, mientras que la transparencia *“se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas”*⁴⁹.

Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, p. 2863.

⁴⁷ CAMACHO CÉPEDA, Gladys. (2008). 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, p. 271.

⁴⁸ Ibid. P. 271.

⁴⁹ HERNÁNDEZ E., Domingo (2005). Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos. En La Constitución Reformada de 2005. Humberto Nogueira A ., p. 33.

La transparencia entonces está relacionada con el acceso a la información de interés general, es así como “el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración ha de ser accesible a todos los ciudadanos, que pueden conocer la información generada por las administraciones públicas que realicen funciones de interés general”⁵⁰. En esta línea es necesario señalar que Chile cuenta con la Ley N°20.285 sobre Acceso a la información pública, la cual en su artículo primero nos señala: *“La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”*. En razón de esto, el artículo 3° del mismo cuerpo normativo establece que la función pública se ejercerá con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimientos de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Siguiendo con ello, el artículo 4° en su inciso segundo nos explica en qué consiste este principio al cual hacemos referencia, señalando que *“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”*.

A modo general, la ley N°20.285 se caracteriza por: 1) disponer de un concepto amplio de información pública; 2) consagrar la obligación llamada de “Transparencia activa”, información que debe estar permanentemente disponible; 3) establecer las causales de reserva o secreto que están taxativamente enumeradas en la ley; 4) establecer principios esenciales a la hora de interpretar la ley; 5) consagrar un órgano encargado de fiscalizar su cumplimiento: el Consejo para la Transparencia y; 6) si es negada la información, reconoce igualmente un derecho a solicitar amparo de acceso a la información⁵¹.

⁵⁰ LINAZAROSO ESPINOZA, Izaskun. (2018). El derecho a una buena administración pública en Chile. En revista de Derecho Público. N° 88, p.97.

⁵¹ LINAZAROSO ESPINOZA, Izaskun. (2018). El derecho a una buena administración pública en Chile. En revista de Derecho Público. N° 88, p. 102.

Tal como pudimos observar, la transparencia tiene dos facetas: 1) Transparencia Activa: consiste en la acción positiva del Estado de poner información a disposición permanente del público sin mediar requerimiento formal. La herramienta más sencilla para ello son los sitios Web que los servicios públicos mantienen, pues permiten que las personas que tengan acceso a internet puedan contar con esa información en cualquier lugar y momento, y; 2) Transparencia pasiva: consiste en la entrega de información a las personas que la soliciten a la Administración Pública a través de los mecanismos especialmente dispuestos para ello. En estos casos se trata, como es lógico, de información que no está a disposición del público⁵².

Continuando con la consagración legal de dichos principios, la ley N°19.880 en sus artículos 4° y 16° establece que: *“El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de transparencia, publicidad y aquellos relativos a los medios electrónicos”*, así como también que *“El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quorum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación”*.

Respecto de los principios de transparencia y publicidad, la Corte Suprema ha señalado en su causa N°92.957/2016 (Apelación)⁵³ que “el procedimiento administrativo debe realizarse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentaciones de las decisiones que se adopten en él”. En ese mismo fallo se destaca la importancia y relación de la transparencia y publicidad con el principio de motivación de los actos administrativos, estableciendo que “es un requisito sustancial la expresión del motivo o fundamento por el cual se

⁵² Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 22-23. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

⁵³ Causa n°92.957/2016 (Apelación). Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional). 11 de abril 2017.

adopta una determinación por la autoridad administrativa, pues su exigencia ha sido puesta como condición mínima de racionalidad”⁵⁴.

Es así que la transparencia, entonces, no se agota en la visibilidad de las conductas públicas, ya que exige contar con la información para conocerla, evaluarla y criticarla. Es por eso que se requiere de una ciudadanía consciente y participativa en toda clases de asuntos de su incumbencia, impulsando el control que la ciudadanía ha de ejercer sobre sus representantes, otorgando mayor realidad a los postulados democráticos y a la corrección en el desempeño del servicio público⁵⁵. Así se ha manifestado el artículo 8° de la ley N°20.285 el que señala *“Cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior”*, así como también el artículo 10: *“toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”*.

¿Qué salvedades contempla entonces la ley N°20.285 en relación con la publicidad y acceso a la información? El artículo 21 del citado cuerpo legal manifiesta que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes: 1) Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito, antecedentes previos a la adopción de una resolución, requerimientos de carácter genérico que distraigan indebidamente a los funcionarios del cumplimiento de sus labores; 2) Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter

⁵⁴ LINAZAROSO ESPINOZA, Izaskun. (2018). El derecho a una buena administración pública en Chile. En revista de Derecho Público. N° 88, p. 104.

⁵⁵ CEA EGAÑA, José Luis. (2013). Tercera regla de oro del derecho público. En Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Segunda época año I, N°1-2013, p. 119.

comercial o económico; 3) Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública; 4) Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país; 5) Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quorum calificado⁵⁶ haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

En todos los casos señalados debe tratarse de hechos comprobados cuya secuela sea no una eventualidad hipotética, sino que un daño real o peligro claro y presente para los valores, principios y normas protegidos. Entender las excepciones con otro sentido y alcance conduciría, inexorablemente, a abrir el cauce para restablecer la patología del secreto en perjuicio de la transparencia⁵⁷.

2.4 Principio de Eficiencia y Eficacia

La real academia española define eficacia como: *“Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera⁵⁸”*. Este concepto puede extrapolarse a diferentes ámbitos, por ejemplo, en materia económica se remite a la *“premisa básica de múltiples necesidades y escasos recursos para satisfacerlas, con el fin de lograr esa satisfacción con los recursos más económicos posibles”*. En el ámbito administrativo la eficacia corresponde al “logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas por la Administración” y su control se relaciona con las propias metas definidas por ésta, ya que quien realiza el control no puede definir las⁵⁹.

⁵⁶ Desde 2005 la CPR añade otro requisito para que una materia pueda ser considerada reservada o secreta: que así lo declare una ley de quorum calificado, o sea, una ley aprobada por la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio (a diferencia de las leyes simples, en que basta la mayoría de los parlamentarios presentes). Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 68. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

⁵⁷ A EGAÑA, José Luis. (2013). Tercera regla de oro del derecho público. En Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Segunda época año I, N°1-2013, p. 124.

⁵⁸ Diccionario de la lengua española. (2001). Real Academia española. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/eficacia>

⁵⁹ SCHLEYER G., María Trinidad. (2024). Acusación constitucional: desde lo teórico a lo práctico. Una herramienta a mejorar. Fundación Libertad y Desarrollo. Núm. 75. Santiago, p. 43.

En cuanto a su ubicación en la normativa nacional, debemos señalar que la Constitución Política de la República no contempla expresamente el principio de eficacia como tal, sin embargo, este puede desprenderse del Capítulo I, las “Bases de la institucionalidad”, expresamente en el artículo I, el que señala *“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 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”*.

Más allá de nuestra Carta Fundamental, el principio de eficacia se encuentra consagrado de manera explícita en la ley N°18.575, específicamente en los artículos 3 y 11. Es así que el artículo 3° de dicha normativa señala que *“La administración del estado deberá observar los principios de eficiencia y eficacia”*, del mismo modo el artículo 11 establece que: *“Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”*.

Del mismo modo, podemos ver el principio de eficacia en la ley N°19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado, artículos 9, 13 y 32. Comenzando por el artículo 9, el que manifiesta el Principio de economía procedimental, señalando que la Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios. En esa misma línea encontramos al artículo 13, en relación con el Principio de la no formalización: *“El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares”*. Finalmente, el artículo 32 hace referencia a las medidas provisionales, de este modo, nos señala que una vez iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales

que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

Ahora bien, un acto es eficaz siempre y cuando sea: 1) procedente: esto se traduce en el “deber de actuar” ante el surgimiento de una necesidad pública concreta; Asimismo debe ser 2) idóneo: lo que consiste en la lección de la potestad más eficaz entre aquellas que cuenta el órgano para actuar; En tercer lugar debe ser 3) acertado: lo que significa que al tiempo del uso del instrumento, este se haga de forma correcta, ello en razón de la ponderación de los hechos y/o a la solución técnica del problema; En cuarto lugar debe ser 4) oportuno: lo que radica en la satisfacción de la necesidad a tiempo en que la necesidad pública lo exige y; Finalmente 5) suficiente: debe ejercerse la potestad con aquella intensidad o *quantum* que permita la protección del interés público encomendado. Es así que el Estado, de no actuar en armonía con las atribuciones citadas, incurre en una infracción que conlleva a una conducta ineficaz, que de generar un daño se traduce en que el Estado es responsable, invocando específicamente la responsabilidad por falta de servicio⁶⁰.

Este principio mira el resultado global de la gestión desarrollada por el servicio, considerando para ello los recursos humanos, la infraestructura y entidad de los bienes utilizados, los recursos financieros empleados y comparando el costo global de todos los elementos indicados con el grado de satisfacción de las necesidades colectivas, con el volumen de la obra efectuada o con el número y características de las prestaciones proporcionadas, para lo cual habrá que tomar como referencias el nivel de rendimiento o eficacia alcanzado en igual o similar función por la administración privada y, si ello no fuere posible en razón de la naturaleza del cometido del servicio público, habrá que considerar los niveles alcanzados por países con igual o mayor desarrollo. Así, de la comparación entre el costo de los elementos empleados por el servicio y el valor del resultado de la gestión, apreciado en la forma ya indicada, quedará en evidencia si el funcionamiento del servicio ha sido eficaz o no. Si no lo ha sido, se podría llegar a pensar en transferir la atención de la respectiva necesidad colectiva a la iniciativa privada, como ha ocurrido con muchas de las

⁶⁰ SCHLEYER G., María Trinidad. (2024). Acusación constitucional: desde lo teórico a lo práctico. Una herramienta a mejorar. Fundación Libertad y Desarrollo. Núm. 75. Santiago, p. 46.

empresas públicas, aliviando así la carga presupuestaria y, consecuentemente, la inflación permanente y progresiva, factores que impiden el progreso económico y social de los países⁶¹.

En cuanto a la eficiencia, la Real Academia Española la define como "capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado"⁶². Exigiendo así, el principio de eficiencia, la optimización de la relación de los medios con los fines, lo que se logra seleccionando entre varias alternativas conducentes al mismo cumplimiento, la que implique un menor gasto y dentro de ésta, la que lleve al mejor cumplimiento de los objetivos de la administración⁶³. En su dimensión de adecuación, capacidad e idoneidad, el concepto de eficiencia tiene un contenido que se centra en la funcionalidad y se interpreta, en términos subjetivos, según el carácter y las habilidades del funcionario y de sus funciones, en términos objetivos, con referencia a la capacidad de la estructura organizativa de responder el objetivo de la mejor manera posible⁶⁴.

Tal como señalamos, el principio de eficiencia se encuentra consagrado de manera explícita en la ley N°18.575, Orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado, específicamente en los artículos 3 y 11.

Está relacionado con la idoneidad del personal para el desempeño de sus cargos y, también, por la simplificación y rapidez de los trámites que deben realizarse para el desarrollo oportuno de los cometidos propios del servicio. "Para que este principio pueda cumplirse adecuadamente es necesaria una acertada descripción de funciones de los cargos o puestos de trabajo y paralelamente una concordante y precisa determinación de los requisitos de estudio, aptitudes y experiencia que deben reunir los que aspiren a ocuparlos; además, como el avance científico y tecnológico debe aprovecharse para el mejor funcionamiento de los órganos administrativos, de

⁶¹ CALDERA DELGADO, Hugo. (1987). Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado. Revista de Derecho Público. N° 41-42 , p. 168-169.

⁶² Diccionario de la lengua española. (2001). Real Academia española. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/eficiencia>

⁶³ SCHLEYER G., María Trinidad. (2024). Acusación constitucional: desde lo teórico a lo práctico. Una herramienta a mejorar. Fundación Libertad y Desarrollo. Núm. 75. Santiago, p. 43.

⁶⁴ URSI, Riccardo. La perspectiva de la eficiencia de la administración pública. Charla magistral sobre principio de eficiencia y derecho administrativo. Contraloría General de la República, p. 144.

manera de poder alcanzar una más plena satisfacción de las necesidades colectivas, es indispensable poner permanentemente en actividad programas de capacitación científica, técnica o administrativa para que el personal en servicio vaya asimilando los conocimientos que el progreso proporciona, de lo contrario el rendimiento del servicio se irá deteriorando progresivamente, circunstancia muy negativa que transmitiría su ineficacia con grave perjuicio de las actividades económicas del sector privado y, también, de los usuarios del servicio que obtendrán un servicio o prestación insatisfactoria”⁶⁵.

Es así que la eficiencia se relaciona también con el principio de celeridad, respecto del cual la Corte suprema ha señalado en causa N° 7284/2009 (Apelación)⁶⁶ que además, la ineficiencia administrativa demostrada con la tardanza, vulnera el principio de celeridad, consagrado en el artículo 7° de la ley N°19.880 el cual establece que *“Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar su pronta y debida decisión”*.

2.5 ¿Por qué los principios anteriores son aplicables a las corporaciones municipales?

Hasta ahora hemos hablado acerca de por qué los funcionarios de la administración del Estado deben cumplir con los principios anteriormente mencionados y bajo qué normativa, sin embargo cabe preguntar ¿por qué entonces son aplicables estos principios a las corporaciones municipales? ¿Son acaso los trabajadores de las corporaciones municipales funcionarios públicos?

Para responder estas preguntas traeremos a la vista el dictamen N°52.315 de 14 de agosto de 2013 de la Contraloría General de la República, el cual manifiesta

⁶⁵ CALDERA DELGADO, Hugo. (1987). Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado. Revista de Derecho Público. N° 41-42 , p. 168.

⁶⁶ Causa n°7284/2009 (Apelación). Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional). 28 de enero de 2010.

que *“las corporaciones municipales no forman parte de la Administración del Estado, y por tanto, sus empleados y quienes prestan servicios para ellas, no revisten la condición de funcionarios públicos”*.

Pese a lo anterior, debemos rescatar una figura que toma vital importancia para comprender por qué entonces aplican estos principios y para esto debemos recurrir específicamente a la figura del Alcalde y al dictamen N° 34.149 de 7 de julio 2004 de la Contraloría General de la República.

Dicho dictamen instruye acerca de que el desempeño de la autoridad edilicia como presidente de las mencionadas corporaciones no constituye el ejercicio de una actividad de carácter particular sino el desarrollo de una función pública propia del cargo del Alcalde, por cuanto tal participación ha sido ordenada por la ley en atención a razones de interés público. Continúa el texto señalando que *“Siendo ello así, los Alcaldes, al ejercer la presidencia de las referidas corporaciones, deben someterse a los principios que rigen el desempeño de la función pública y, en particular, acorde con el artículo 40 inciso final de la ley N°18.695, al de probidad administrativa, el que, en conformidad con el artículo 52, inciso segundo de la Ley N°18.575, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”*.

En esta misma línea cobra vital importancia lo señalado por la Contraloría General de la República en su dictamen N°160.316 de 29 de noviembre 2021, acerca de la procedencia de sujetar a las corporaciones municipales a las regulaciones establecidas en las leyes N°19.880⁶⁷, 19.886⁶⁸, 20.285⁶⁹, 20.730⁷⁰ y 20.880⁷¹, en aplicación al criterio contenido en el dictamen N°E33624 de 2020, del mismo origen, considerando las funciones eminentemente públicas que aquellas desarrollan. Ello, con el objeto de atender la crecientes exigencias en materia de transparencia e integridad en el ejercicio de la función pública; precaver conductas contrarias a la

⁶⁷ Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado.

⁶⁸ Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

⁶⁹ Sobre acceso a la información pública.

⁷⁰ Regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

⁷¹ Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

probidad administrativa y resguardar debidamente los recursos públicos.

Como cuestión previa, nos parece importante destacar el contenido el dictamen N°E33624 de 2020, el cual, en conformidad con la ley N°19.880 manifestó que los principios de transparencia, probidad y publicidad, resultan aplicables a la Corporación Nacional Forestal, por tratarse de una institución que, aunque formada bajo el Derecho Privado (al igual que las corporaciones municipales), ha sido creada por el Estado para la satisfacción de las necesidades de la comunidad, para cuyo efecto le han sido atribuidas potestades públicas y se financia con recursos públicos. En consecuencia, no desarrollando actividades económicas que justifiquen la exclusión del Derecho Administrativo, esa entidad se enmarca en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Ahora bien, en el dictamen N°160.316 de 2021 se advierte que: *“durante la discusión de la ley de reforma constitucional N°20.050, que incorporó el año 2005 en el Texto Supremo el aludido artículo 8, precepto posterior y de rango superior al de los cuerpos legales aplicables en la especie, se dejó expresa constancia que “ejerce funciones públicas” cualquier persona que realiza una actividad pública orientada al interés general, prescindiendo de la calidad jurídica de quien la ejerza y la naturaleza de la entidad en que se desarrolle. Como consecuencia de lo anotado, la legislación que desarrolla el principio de probidad administrativa, elevado a rango constitucional, resulta aplicable a las corporaciones municipales, y a quienes laboran en dichas entidades y a sus autoridades, aunque no revistan la calidad de funcionarios públicos, incluidos los alcaldes”.*

En cuanto al resto de la normativa consultada, desde la perspectiva funcional y en concordancia con lo latamente expresado, las corporaciones municipales son instituciones que, aunque formadas bajo el Derecho Privado, han sido creadas por el Estado para la satisfacción de necesidades de la comunidad, para cuyo efecto les han sido atribuidas potestades públicas, siendo financiadas a través de recursos públicos, lo que nos permite enmarcarlas en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, a los que se

refiere el inciso 2° de la ley N°19.880, por lo que, en dicha condición, y a la luz de las consideraciones planteadas, resulta aplicable ese cuerpo legal a los procedimientos desarrollados por ella.

En ese orden de consideraciones, por tratarse de organismos a través de los cuales el Estado, con recursos públicos, realiza en forma indirecta ciertas actividades vinculadas al cumplimiento de sus funciones, resulta procedente someter a las corporaciones municipales íntegramente a la ley N°20.285, lo que supone también la aplicación del régimen de transparencia pasiva que integra dicho ordenamiento.

CAPÍTULO 3: LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

“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”⁷².

3.1 Derecho Administrativo y Administración del Estado

Para comenzar adecuadamente este capítulo, nos remitiremos al origen, particularmente a qué es el Derecho Administrativo. Es así que José Miguel Valdivia en “Manual de Derecho Administrativo” señala que *“Del modo más sintético posible, el derecho administrativo puede concebirse como el derecho propio de la administración del Estado”⁷³.*

Ahora bien, ¿qué es la administración del Estado? Para responder esta

⁷² ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 7.

⁷³ VALDIVIA, José Miguel. (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Tirant Lo Blanch, p. 31.

interrogante debemos señalar que la doctrina no se encuentra conteste y que deberemos recurrir a distintos puntos de vista tratando de buscar una definición; pese a esto, para el objeto de este trabajo, lo abordaremos de la manera más acotada posible.

Tradicionalmente, en nuestro país se ha conceptualizado a la Administración del Estado desde el punto de vista subjetivo, formal y orgánico⁷⁴, en ese sentido el profesor Jorge Bermúdez Soto en “Derecho Administrativo General”, nos indica que en primer lugar encontramos a la “*Administración en sentido orgánico*”, la cual se compone de entes de naturaleza jurídico-administrativo, ya sea, ministerios, establecimientos públicos, corporaciones de Derecho público, entre otros. En segundo lugar la “*Administración en sentido material*”, la que corresponde a la actividad administrativa propiamente tal, la observación, el llevar a cabo; en fin, la ejecución de los asuntos administrativos que se tienen por objeto y que han sido encomendados por ley. Finalmente encontramos la “*Administración en sentido formal*”, es decir, el conjunto formado por funcionarios administrativos (o públicos) y el ejercicio mismo de la actividad administrativa, sin consideración a si ésta es de carácter material o no⁷⁵.

La distinción entre Administración en sentido orgánico y material es determinante puesto que se funda en el principio de separación de poderes, es decir que determinadas actividades pertenecen a determinado órgano. Esto último cobra relevancia a partir del siglo XX donde la doctrina nacional comienza a definir el derecho Administrativo por su objeto, es decir la Administración del Estado y ésta a su vez por su sentido orgánico, en virtud de que este enfoque ofrecería respuestas más neutras y seguras. Es así que cualquier tarea que la ley asigne a la administración está cubierta por el derecho administrativo (sin perjuicio de los límites que establece la Constitución).

En este sentido, el profesor José Miguel Valdivia nos señala que para

⁷⁴ MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 9.

⁷⁵ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). Derecho Administrativo General. Segunda edición. Santiago. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, p. 2.

aprehender los contornos y límites e la administración es importante tomar conciencia del carácter aproximativo de la idea de separación de poderes, lo que al menos en el derecho chileno no excluye que ciertas actividades materialmente administrativas se sitúen fuera de los organismos de la administración, por ejemplo, el Poder Judicial tiene entre sus funciones el control disciplinario de sus integrantes y también se hace cargo de la gestión de sus infraestructura y equipos, tareas que no suponen ejercicio de la jurisdicción, sino tareas materialmente administrativas. Inversamente, al interior de la administración es posible advertir la presencia de funciones que no corresponden exactamente a la idea de función administrativa. En efecto, más allá de las funciones que incumben al Gobierno en la formación de las leyes, a la autoridad administrativa le corresponde dictar reglas generales y abstractas que desarrollen mandatos legales, en ejercicio de la potestad reglamentaria o de otras potestades normativas; esta función es materialmente análoga a la legislativa, pero está confiada a la autoridad administrativa. Es así que la separación de poderes se cristaliza en forma aproximativa, radicando en órganos separados del ejecutivo ciertas funciones generales, con una serie de funciones conexas.⁷⁶

En cuanto a la organización de la Administración del Estado, la Constitución Política de la República distingue entre los titulares de los órganos y los órganos propiamente tales, estipula el principio de subsidiariedad⁷⁷, el control sobre la Administración⁷⁸ y el control preventivo mediante la Contraloría General de la República, encargando al Presidente una doble función, consistente en "gobierno y administración" y en la cual colaboran los órganos de la administración del estado⁷⁹.

⁷⁶ VALDIVIA, José Miguel. (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Tirant Lo Blanch, p. 34.

⁷⁷ Artículo 19 N°21 de la CPR: La Constitución asegura a todas las personas: 21° 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.

⁷⁸ Artículo 38 de la CPR: 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.

⁷⁹ ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 28.

La regulación de dichos órganos se encuentra consagrada en diversas normativas, siendo Ley de Bases Generales de la Administración la encargada de la organización básica de los órganos administrativos nacionales. Es así que el DFL1-19653 en su artículo 1° establece: *“El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. 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”*. Así como también en la ley N°20.285 “Sobre Acceso a la Información Pública”, 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”*, o la ley N°19.880 de “Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado”, en su artículo 2° *“las disposiciones de la presente 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”*, determinando así que la base del derecho administrativo chileno es fundamentalmente orgánica⁸⁰.

Todas estas leyes establecen una enumeración de los órganos que integran la Administración del Estado pero que no es taxativa puesto que comprende a “los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, incluyendo así a entidades como las corporaciones y fundaciones, quienes no forman parte de la Administración del Estado pero se entienden pertenecerle en virtud de que surgen al alero de una entidad pública para el

⁸⁰ *Ibíd.* p.37.

cumplimiento de una función administrativa.

3.2 El fenómeno de la Huida del Derecho Administrativo

La “huida del derecho administrativo”, también conocida como la “privatización del derecho administrativo”, consiste en 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 privado⁸¹.

La utilización de reglas del derecho privado por parte de la Administración Estatal comienza con la expansión del Estado (inicialmente en la actividad mercantil e industrial), el cual asume nuevas funciones y participa en el ámbito comercial, económico 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 del derecho público.⁸²

En ese sentido, las razones o motivos de este fenómeno consistirían, según Antonio Troncoso Reigada⁸³ en: 1) la rigidez e inadecuación de los procedimientos administrativos; 2) los continuos controles públicos como factor que resta eficacia a la acción administrativa; 3) el régimen funcionarial, como la causa de la fuga de los mejores talentos al sector privado, y finalmente; 4) la regulación de los contratos y de los procedimientos de selección de contratistas lentos y carentes de la necesaria flexibilidad.

Todas estas causas habrían conllevado a la adopción de formas o modos del derecho privado para escapar, por ejemplo, del exceso de regulación perteneciente al derecho administrativo, eludiendo así los controles diseñados para y por la administración en búsqueda de garantizar el buen uso de los recursos públicos, la transparencia y legalidad de los actos de la administración y los derechos de los

⁸¹ ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 50.

⁸² *Ibid.* p. 53.

⁸³ TRONCOSO REIGADA, Antonio. (1997). Privatización, empresa pública y Constitución. Madrid, Marcial Pons, p.50.

ciudadanos. *“Así en muchos casos, la huida del derecho administrativo podría ir más en beneficio de los gestores que de la gestión misma e importa a estos la posibilidad de mayores retribuciones, de oportunidades para beneficiar a sus relacionados, de malversar los fondos públicos y de cometer abusos de poder”*⁸⁴.

Ahora bien, bajo el manto de la “huida del Derecho Administrativo” se engloban ámbitos muy diferentes:

- En primer lugar encontramos el “Sistema de Contratación Pública” con los límites y controles que establece, y en virtud del cual, su cumplimiento es bastante más riguroso que el de la contratación privada, lo cual, tal como mencionábamos anteriormente ha servido para una corrupción administrativa.
- Por otro lado, en cuanto a la “Función Pública”, ésta opera en dos sentidos: 1) mediante la atribución de funciones administrativas tanto a entidades de Derecho Público como a sociedades mercantiles cuyo personal carece de “estatus” funcionarial y 2) la creciente laboralización del personal al servicio de las propias Administraciones Públicas, es decir, se produce el fenómeno de la externalización del personal, el cual comienza a regirse por el derecho privado.
- Finalmente encontramos la “Organización administrativa”, la cual según el profesor José Araujo Juárez⁸⁵ es uno de los fenómenos más trascendentales de la actualidad y el cual posee un doble aspecto. El primero de ellos, consiste en situaciones en que el Estado Constitucional requiere la colaboración de los particulares en las tareas de interés general, y les confía la ejecución de servicios públicos de carácter técnico a empresas privadas a las que considera mejor equipadas para cumplir de manera satisfactoria las prestaciones concretas, bajo la fórmula de la concesión de servicio público, sin que sea esta la única fórmula de asociación de los sujetos privados en las tareas administrativas.

⁸⁴ STRAUSS KLEIN, Mijael. (2012). La Nueva Gestión Pública, la Huida del Derecho Administrativo y el Retorno al Derecho Público”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, p.13.

⁸⁵ ARAUJO JUÁREZ, José. (2021). El Derecho Administrativo. Introducción, Fundamentos, Sistema de Fuentes. Primera Edición. Argentina. Ediciones Olejnik, p. 123.

En segundo lugar, la Administración pública no se limita con asociar a los sujetos privados a las tareas administrativas, sino que ha procedido a la creación de organismos con formas de Derecho Privado e integrándolos a la estructura misma del Estado Constitucional. Entre las técnicas de Derecho Privado a las que ha acudido el Estado Constitucional se encuentran las sociedades anónimas, que es la más utilizada cuando se trata de actividades de carácter económico, así como también las corporaciones y fundaciones, las cuales se encargan principalmente de desarrollar actividades de acción social o de fomento.

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 al sector público, y que fue absorbida por la Administración en el ejercicio de funciones de mercado interés público y social⁸⁶.

Ahora bien, para ahondar en esas críticas debemos recordar en primer lugar ¿qué son y en qué consisten los principios de eficacia y eficiencia? Para la profesora Gladys Camacho Cepeda se reconoce a la eficacia como fuerza y poder para obrar encontrándose vinculada con la efectividad, término que entre nosotros es “lograr los resultados apetecidos o esperados”. Consiguientemente, la palabra eficacia sugiere la obtención intencionada, en tanto deliberada y conscientemente orientada a un fin de un resultado o efecto determinado por parte de un agente con poder y fuerza para obrar. Mientras que la eficiencia alude a la idoneidad de la actividad dirigida a producir tal fin constituyendo por demás términos estrechamente interrelacionados. Es así que para las ciencias de la Administración Pública se le atribuirán los valores de eficacia y eficiencia en la medida en que las metas propuestas se logren con mejores medios, a menor costo y menor esfuerzo⁸⁷.

En el contexto de la “Organización Administrativa”, el uso de formas y

⁸⁶ ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 55.

⁸⁷ CAMACHO CÉPEDA, Gladys. (2008). 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, p. 275.

métodos del Derecho Privado decantó en una deformación de los principios anteriormente mencionados. Con los cambios políticos y económicos que ocurrieron en nuestro país en la segunda mitad del siglo XX, hubo una tendencia decreciente en la participación estatal y por consiguiente, una privatización de funciones económicas y sociales, acrecentándose la descentralización, la despreocupación por el funcionamiento de la Administración y el fenómeno de la huida del derecho administrativo. Lo anterior sumado a que la Administración Pública se encontraba sin recursos financieros y desorganizada estructuralmente por lo que como consecuencia, se formó una opinión generalizada sobre la ineficacia e ineficiencia de la actividad administrativa.

El problema, no obstante comprender las críticas sobre ineficiencia e ineficacia de la Administración, radica en que la elección de métodos y formas del Derecho Privado, aun mediando los principios pertinentes y anteriormente mencionados, no permite garantizar que la administración sólo vaya a perseguir los intereses generales. Lamentablemente, las formas jurídicas tienen una razón de ser, y la utilización de las formas privadas, en la casi totalidad de los casos irá a perder de vista esos fines públicos originales para satisfacer – en menor o mayor medida- intereses privados⁸⁸. Es por esto que cobra vital importancia la existencia de controles adecuados y una normativa expresa que regule dicha decisión y sus efectos, con el único fin de que no vuelvan a ocurrir casos como los que mencionaremos en la parte final de esta presentación.

No se puede prescindir de los controles previos sobre los que se instrumenta el Derecho Administrativo ya que se pierde, a través de ello, parte de los mecanismos destinados a la protección de los principios Constitucionales, los fines y el patrimonio público⁸⁹.

Pese a lo anterior, para quienes objetan que la Administración use estas entidades jurídico-privadas, la solución radica en eliminar su creación, puesto que

⁸⁸ SUÁREZ MUÑOZ, Cesar. (2024). El control administrativo del gasto público en las corporaciones municipales. Rubicón Editores. 1ª edición. Santiago, p.18.

⁸⁹ STRAUSS KLEIN, Mijael. (2012). La Nueva Gestión Pública, la Huida del Derecho Administrativo y el Retorno al Derecho Público”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, p.28.

el problema principal que plantean dichas instituciones es, además de la evasión de controles preventivos, la falta de capacidad de los sistemas de fiscalización actuales para supervisar su actividad. *“La cuestión estriba, sin embargo, en determinar si la aplicación del Derecho privado a través de la creación de entes instrumentales, so pretexto de conseguir una mayor eficacia en su actuación, constituye o no un intento de huir de los procedimientos y principios que han de regir la actuación pública con una consiguiente merma de garantías, en palabras de Sala Arquer, si la huida del Derecho administrativo es además una “huida del Derecho”⁹⁰.*

En esa misma línea se encuentra Sebastián Martín-Retortillo⁹¹ quien hace un análisis de la “enfermedad” privatista: *“en todo caso hay que ser muy conscientes de que, en principio, las empresas públicas en veste de Administraciones Públicas no son institucionalmente más eficaces, no funcionan mejor, no son más flexibles que los órganos de la Administración. Porque cuando esta flexibilidad se ha alcanzado lo ha sido cuarteando principios sustantivos del Estado de Derecho. ¿Se ha pensado lo que significa eludir en las inversiones que la Administración debe llevar a cabo las garantías que supone el sistema de contratación administrativa porque aquellas se realicen a través de una empresa pública con forma mercantil? ¿O lo que supone excluir la actividad de estas empresas del control de la jurisdicción contenciosa? ¿O excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la CE establece preceptivamente para la de los funcionarios públicos? Tras este diagnóstico, el autor recomienda que, más que desechar lo que evidentemente no sirve, es decir los sistemas de actuación jurídico-administrativos, y acudir a procedimientos cuya eficacia está todavía por demostrar, habría que incidir en los distintos procedimientos de actuar de la Administración, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida real.*

Sala Arquer⁹² comparte este último planteamiento y señala que la

⁹⁰ DEL SAZ CORDERO, Silvia. (1994). La Huida del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos y Críticas. En Revista de Administración Pública. Núm. 133, p. 74.

⁹¹ MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. (1991). Las empresas públicas. Reflexiones del momento presente. En Revista de Administración Pública, número 126. Sevilla, p. 133.

⁹² SALA ARQUER, José Manuel. (1992). Huida al Derecho Privado y Huida del Derecho. En Revista Española de Derecho Administrativo, número 75, p.399.

proliferación de entes públicos sujetos al Derecho privado es el resultado de una utilización instrumental y táctica del Derecho mercantil que les permite disfrutar de las ventajas del ordenamiento público y del privado sin tener que soportar sus inconvenientes. Es por ello que el fin de esta huida del Derecho debe pasar por la reordenación de la tipología y régimen de las empresas públicas impidiendo que el legislador o la propia Administración manejen a su antojo las categorías jurídicas y configuren arbitrariamente el estatuto de los distintos organismos prescindiendo de las características de la actividad que desempeñan y de los fines que persiguen⁹³.

En esa misma línea, Alberto Precht⁹⁴, director ejecutivo de Chile Transparente ha señalado que *“Los riesgos de corrupción que conllevan estas figuras y que hoy se investigan en una serie de municipalidades son superiores a los beneficios. La solución a este problema no es darles una manito de gato como algunos proponen, por ejemplo, hacerles obligatorias a estas figuras las normas de la Ley de Transparencia u otras, si no que, como señaló el presidente del Consejo Asesor de Chile Transparente y ex Contralor General de la República Ramiro Mendoza, debe “terminarse con la fantasía disyuntiva de ‘eficiencia’ a través de vehículos privados de los municipios. Lo que ha determinado más bien un binomio de viveza/corrupción”*.

Es así que la aparición de estas entidades sobrepasa los límites establecidos por los principios y garantías constitucionales, lo que ha decantado en una fuga de las normas de control, y en consecuencia, a una indefensión para las garantías de los ciudadanos, las que eran protegidas por el derecho administrativo.

Así, por ejemplo, tenemos que el año 2016 fue inscrita una asociación municipal conformada por las comunas de Las Condes, Vitacura y Lo Barnechea, conocida como la “Asociación de Municipalidades para la Seguridad Ciudadana de la Zona Oriente”, esto es, AMSZO, la cual, como su nombre lo indica, está destinada a la seguridad ciudadana. La información del Registro Central de Colaboradores del

⁹³ DEL SAZ CORDERO, Silvia. (1994). La Huida del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos y Críticas. En Revista de Administración Pública. Núm. 133, p. 82.

⁹⁴ PRECHT RORRIS, Alberto. (2021). La Huida. En La Tercera. Santiago. Disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/la-huida/UNF3BBW5URFWRDFAVPL6OASNRY/#>

Estado y las Municipalidades muestra que, entre abril de 2016 y agosto de 2021, la AMSZO recibió poco más de 29 mil millones de pesos, de los cuales casi 25 mil millones (el 86% del total), provinieron de Lo Barnechea. Es así que entre abril de 2016 y agosto de 2021, la entidad hizo 14 licitaciones privadas con 11 empresas, un número limitado a considerar que para dichas adquisiciones había 348 proveedores de entre los que se podía elegir”. En efecto, la licitación pública es una forma jurídica de contratación particularmente apta para la satisfacción de intereses públicos, no así las negociaciones directas (ni tampoco las licitaciones privadas, como primera alternativa). Sin embargo, esto, hasta este momento, no revestía ninguna clase de ilegalidad, puesto que se trataba de un procedimiento de contratación adecuado para personas de naturaleza privada, como son las asociaciones municipales. Así las cosas, de lo que se habría tratado es del fenómeno denominado la “huida del derecho administrativo”⁹⁵.

Sin embargo, lo que se vive en la actualidad (como si de un péndulo se tratara) es un verdadero “retorno al derecho administrativo”, lo cual quedó particularmente evidenciado con la dictación del Dictamen N°E160.316 del 29 de noviembre de 2021, de la Contraloría General de la República, que señaló que las corporaciones municipales son, *“entidades que pueden enmarcarse en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”*⁹⁶. Dicho pronunciamiento modifica intempestiva y diametralmente el entendimiento que hasta ese momento se daba al marco jurídico aplicable a las corporaciones municipales⁹⁷.

CAPÍTULO 4: FISCALIZACIÓN DE LAS CORPORACIONES MUNICIPALES

⁹⁵ SUÁREZ MUÑOZ, Cesar. (2024). El control administrativo del gasto público en las corporaciones municipales. Rubicón Editores. 1ª edición. Santiago, p.18-19.

⁹⁶ *Ibíd*, p. 19.

⁹⁷ CÁRCAMO, Alejandro. (2021). Algunos comentarios al dictamen E160316-2021, de fecha 29 de noviembre de 2021, de la Contraloría General de la República. ¿El principio del fin de las Corporaciones Municipales?. Disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/algunos-comentarios-al-dictamen-e160316-2021-de-fecha-29-de-noviembre-de-2021-de-la-contraloria-general-de-la-republica-el-principio-del-fin-de-las-corporaciones-municipales/>

“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 administrativos⁹⁸”.

En la actualidad, existe un diverso repertorio de instituciones llamadas a efectuar control⁹⁹, tanto sobre el uso de los recursos que reciben y administran las corporaciones municipales, así como también respecto de las decisiones que estas pueden llegar a tomar.

- **Ministerios**

Comenzando directamente por cada uno de los Ministerios en relación con sus respectivas materias, estos son: el Ministerio de Educación, por intermedio de la Superintendencia de Educación; el Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo mediante la Dirección del Trabajo.

En materia de educación, la Ley N°20.529 que regula el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media y su fiscalización, establece en su artículo 47: *“Créase la Superintendencia de Educación, servicio público funcionalmente descentralizado y territorialmente desconcentrado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación. La Superintendencia constituye una institución fiscalizadora en los términos del decreto ley N°3.551, de 1981¹⁰⁰, y estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública”.*

Siguiendo en esta línea, el artículo 48 del mismo cuerpo legal nos señala que: *“el objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los*

⁹⁸ ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 178.

⁹⁹ Para el profesor Pantoja Bauzá, el control consiste 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, consiste en el examen de una actuación que se realiza con vistas a establecer si ella se ajusta a las normas que la rigen. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. (2008). El Principio de Control. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

¹⁰⁰ Fija Normas sobre Remuneraciones y sobre personal para el Sector Público.

sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia. Asimismo, fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia". Es así que el objetivo de la fiscalización consiste en verificar que los recursos hayan sido utilizados en los fines para los cuales fue concedida la subvención. Para esto, la Superintendencia utiliza como fuente de información, los datos que proporciona el Ministerio de Educación, así como la declaración de gastos que los mismos sostenedores deben realizar anualmente, a través del proceso de Rendición de Cuentas.

Relacionado con lo anterior, el Decreto N°469 de 2014, en su artículo 1° establece que *"el mecanismo común de rendición de cuenta pública es el procedimiento por el cual se verificará el cumplimiento de la obligación legal de rendición de cuenta pública del uso de todos los recursos, públicos y privados, que perciban los sostenedores de establecimientos educacionales subvencionados¹⁰¹ o que reciban aportes del Estado"*, continúa este artículo señalando que las entidades sostenedoras adscritas al régimen de subvención deberán ceñirse tanto al presente reglamento como a toda instrucción impartida por la Superintendencia de Educación con el objeto final de facilitar y regular el cumplimiento de la obligación de rendir cuenta pública del uso de los recursos. Asimismo en su artículo 6° señala que *"La rendición de cuentas presentada por los sostenedores y regulada por el presente reglamento, será fiscalizada por la Superintendencia, sin perjuicio de las facultades propias de fiscalización que corresponden a la Contraloría General de la República"*.

Es así que en cuanto a recursos se refiere, todas las materias que tengan el carácter de relevantes o prioritarias de fiscalizar, integrarán el "Plan Anual de

¹⁰¹ Según el artículo 2° letra d) del Decreto N°469 Subvenciones son aquellos recursos que el Estado transfiere a los sostenedores de los establecimientos educacionales bajo el régimen de subvenciones, con el objeto de propender a la creación, mantención y ampliación de los establecimientos educacionales. De igual manera en su letra d) se señala que existirán subvenciones de carácter especial, las cuales solo podrán aplicarse a los fines para los cuales fueron transferidos. Asimismo se considerarán "subvenciones especiales" aquellos recursos que se transfieran a los establecimientos educacionales para el financiamiento de distintas áreas del servicio educacional, regulados en el decreto ley N°3.166 de 1980 y en la ley N°20.248.

Fiscalización de Recursos”. Dicho programa es una herramienta destinada a guiar en forma integral y metódica el quehacer del fiscalizador en el desarrollo de la fiscalización. En este caso, el programa es desarrollado en base a metodologías y técnicas de auditoría, por lo que en su desarrollo se aplican pruebas de verificación que tienen como propósito obtener evidencia suficiente y adecuada que permita concluir si los gastos rendidos, por ejemplo en una subvención específica, se realizaron conforme a lo establecido en las disposiciones legales y reglamentarias que regula la normativa educacional, sumado a los dictámenes emitidos por la Superintendencia y si se ciñeron a las instrucciones informadas en el proceso de Rendición de Cuentas¹⁰².

En cuanto al Ministerio de Justicia, el artículo 557 del Código Civil advierte que *“Corresponderá al Ministerio de Justicia la fiscalización de las asociaciones y fundaciones. En ejercicio de esta potestad podrá requerir a sus representantes que presenten para su examen las actas de las asambleas y de las sesiones de directorio, las cuentas y memorias aprobadas, libros de contabilidad, de inventarios y de remuneraciones, así como cualquier otra información respecto del desarrollo de actividades”*, señala asimismo que podrá *“ordenar a las corporaciones y fundaciones que subsanen las irregularidades que comprobare o que se persigan las responsabilidades pertinentes, sin perjuicio de requerir del juez las medidas que fueren necesarias para proteger de manera urgente y provisional los intereses de la persona jurídica o de terceros”*. Esta modificación al artículo 557 fue incorporada en virtud de la Ley N°20.500 Sobre Asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, el año 2011 y tiene como objeto la prosecución de diversas acciones destinadas a controlar y corroborar que las corporaciones y fundaciones regidas por el título XXXIII del Libro I del Código Civil (tales como las corporaciones municipales) cumplan con su objeto, se ajusten a las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen, y no resulten contrarias a la ley¹⁰³.

¹⁰² “Fiscalización de Uso de Recursos”. Superintendencia de Educación. Disponible en <https://www.supereduc.cl/fiscalizacion/fiscalizacion-por-recursos/>

¹⁰³ “Potestad de Fiscalización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el ámbito de las corporaciones y fundaciones”. Departamento de Personas Jurídicas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=98426&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

Este proceso de fiscalización que lleva a cabo el Ministerio de Justicia consta de distintas etapas, las que se pueden resumir de la siguiente manera; 1) En primer lugar encontramos un período de información, el cual surge con anterioridad a la fiscalización propiamente tal y, dentro del cual se realizan gestiones tendientes a conocer las circunstancias concretas de la entidad fiscalizada y a determinar la pertinencia de iniciar o no un procedimiento de fiscalización. Esto se realiza de manera puntual a través de, por ejemplo, solicitudes de antecedentes o de informes a diversas entidades con el fin de tomar conocimiento del contexto general de la corporación o fundación. 2) Si del análisis de la información recopilada se detectan infracciones estatutarias, se dará inicio al proceso de fiscalización como tal. Ahora bien, encontrándonos en este lugar, el Ministerio de Justicia continúa recopilando antecedentes para lograr formar una opinión acabada acerca de si existen o no infracciones. En esta etapa se realizan visitas inspectivas, solicitud de informes en derecho al CDE, entre otros. Si finalmente se determina que existen infracciones, el Ministerio evaluará si corresponde solicitar, de manera fundada, al Consejo de Defensa del Estado el ejercicio de la acción judicial de disolución forzada de la entidad en cuestión¹⁰⁴ o impartir instrucciones mediante oficio fundado, señalando los medios de impugnación. En caso de no existir infracciones o de que se haya dado cabal cumplimiento de las instrucciones impartidas, se procederá al archivo de los antecedentes, señalando de igual manera los medios de impugnación.

En relación a estos últimos, debemos señalar que la impugnación puede llevarse a cabo a través de recursos administrativos o jurisdiccionales, imposibilitando así el conocimiento paralelo de recursos por parte de la autoridad administrativa y los tribunales de justicia¹⁰⁵. En caso de optar por la “vía administrativa” encontramos el recurso de reposición o el recurso jerárquico¹⁰⁶, ambos mecanismos establecidos

¹⁰⁴ Artículo 559 letra c) del Código Civil: *“Las asociaciones se disolverán: c) por sentencia judicial ejecutoriada, en caso de: 1) estar prohibida por la Constitución o la ley o infringir gravemente sus estatutos, o 2) haberse realizado íntegramente su fin o hacerse imposible su realización. La sentencia a que se refiere la letra c) precedente sólo podrá dictarse en juicio incoado a requerimiento del Consejo de Defensa del Estado, en procedimiento breve y sumario, el que ejercerá la acción previa petición fundada del Ministerio de Justicia. En el caso a que se refiere el número 2 de la letra c) precedente, podrá también dictarse en juicio promovido por la institución llamada a recibir los bienes de la asociación o fundación en caso de extinguirse”.*

¹⁰⁵ Artículo 54 ley N°19.880: *“Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los tribunales de justicia, mientras aquella no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada”.*

¹⁰⁶ Artículo 59 ley N°19.880: *“el recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo*

para impugnar el acto ante la misma autoridad que los dictó o ante el superior jerárquico, a través de los que se puede revisar no solo la legalidad de la actuación administrativa, sino la oportunidad o conveniencia de la misma¹⁰⁷ y los cuales deberán fallarse en un plazo no superior a 30 días contados desde que el asunto se encuentre en estado de ser resuelto. Si se ha deducido recurso jerárquico, la autoridad llamada a resolverlo deberá oír previamente al órgano recurrido el que podrá formular sus descargos por cualquier medio, escrito o electrónico. La resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado. Junto a ellos se encuentra el recurso extraordinario de revisión de la decisión administrativa, pero sólo por las causales expresamente establecidas en la ley, constituyendo una excepción calificada a la firmeza de los actos administrativos. En cuanto a los recursos jurisdiccionales, podemos encontrar la acción de nulidad de derecho público o el recurso de protección.

Ambas vías permiten la revisión de la legalidad de la actuación administrativa y la tutela de derechos o intereses de los administrados, pudiendo también la autoridad o el tribunal, complementariamente, declarar la invalidación o la nulidad del acto y aún, en ciertos casos, dictar un acto administrativo que sustituya o reemplace la decisión dejada sin efecto. La regla general en esta materia es que se otorga un derecho de opción a los particulares, pudiendo utilizar a su arbitrio los recursos administrativos o jurisdiccionales de impugnación según estimen conveniente. En otras palabras, el ordenamiento jurídico nacional no exige un orden de prelación entre los procedimientos y procesos administrativos de impugnación, ni aún el paso previo por lo primeros para llegar a los segundos, sino que otorga a los administrados el derecho de elegir la vía de impugnación específica en cada caso¹⁰⁸.

En materia laboral nos referiremos a la Dirección del Trabajo, la cual según lo

órgano que dictó el acto que se impugna; en subsidio, podrá interponerse el recurso jerárquico. Cuando no se deduzca reposición, el recurso jerárquico se interpondrá para ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto impugnado, dentro de los 5 días siguientes a su notificación. No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa."

¹⁰⁷ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007

¹⁰⁸ Ibid.

dispuesto en su artículo 1° del decreto con fuerza de ley N°2 de 1967: *“Es un Servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social con el cual se vincula a través de la Subsecretaría de Trabajo”*. Asimismo dicho artículo señala en sus letras a) y b) que: *“Le corresponderá particularmente, sin perjuicio de las funciones que leyes generales o especiales le encomienden: a) la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral y b) fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”*. De igual manera, el artículo 505 del Código del Trabajo establece que la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República contenida en los dictámenes N°80.445 de 2012, 20.301 de 2013, 6.224 y 52.865, ambos de 2014, ha manifestado que la facultad de interpretar, así como de fiscalizar la aplicación de las disposiciones de carácter laboral que rigen al personal que presta funciones en las corporaciones municipales a que se refiere el decreto con fuerza de ley N°1-3.063 de 1980, concierne exclusivamente a la Dirección del Trabajo, toda vez que esas entidades constituyen personas jurídicas de derecho privado, cuyo personal no tiene la calidad de funcionario municipal.

En esa misma línea se ha pronunciado la DT en el ORD. N°1624/41 de abril de 2017, señalando que atendido que las corporaciones municipales son calificadas por expresa disposición legal como entidades del sector privado, no cabe sino concluir que los trabajadores que prestan servicios en las mismas necesariamente han de detentar la calidad de trabajadores particulares y, se registrarán por tanto, por las normas propias del sector privado, quedando sujetos en materia laboral, a la fiscalización de la Dirección del Trabajo.

Del mismo modo el ORD. N°188/159 de 11 mayo de 2000, ha manifestado que *“la Dirección del Trabajo es el organismo competente para fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral contenida en la ley N°19.378 y su reglamento, respecto de las*

corporaciones administradoras de salud municipal”¹⁰⁹.

4.2 Tribunales de Justicia

Tal como mencionamos con anterioridad, el artículo 557 del Código Civil señala que *“Corresponderá al Ministerio de Justicia la fiscalización de las asociaciones y fundaciones”*. Estableciendo además que podrá requerir del juez las medidas que fueren necesarias para proteger de manera urgente y provisional los intereses de la persona jurídica o de terceros.

Es así que las corporaciones municipales se vinculan con el Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cartera que las supervisa técnica y financieramente a través de su División Judicial.

Siguiendo con lo anterior, el procedimiento de Fiscalización propiamente tal del Ministerio de Justicia consiste en que, una vez determinado que existen infracciones (posterior a los pasos previos ya señalados), se evaluará si corresponde solicitar fundadamente al Consejo de Defensa del Estado¹¹⁰, el ejercicio de la acción judicial de disolución forzada de la entidad en cuestión, o impartir instrucciones mediante oficio fundado, señalando los medios de impugnación. Asimismo, en caso de no existir infracciones, se procederá al archivo de los antecedentes.¹¹¹

Una vez determinada la existencia o no de infracciones y las correspondientes acciones a tomar, pasamos a la denominada fase de “Cumplimiento” en la cual se determina si se ha dado cabal cumplimiento a las instrucciones impartidas por parte del Ministerio de Justicia mediante la emisión de un Oficio (en este caso se dispondrá

¹⁰⁹ Dicho ordinario también señala que los Servicios del Trabajo carecen de competencia para fiscalizar y pronunciarse sobre la auditoría de las citadas corporaciones, facultad que corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República.

¹¹⁰ El Consejo de Defensa del Estado es el órgano colegiado interno que, en uso de sus atribuciones legales, resuelve accionar judicialmente o asumir la defensa de los entes públicos, dentro del ámbito legal que le compete a la institución. Forma parte de su labor, además, asistir al Presidente(a) del Servicio en la “dirección superior” de la defensa de todos los asuntos judiciales encomendados por la ley Orgánica de Defensa del Estado. Está compuesto por doce abogados consejeros, designados por el Presidente(a) de la República, que son inamovibles en sus cargos hasta cumplir los 75 años de edad. Solo pueden ser removidos con el acuerdo del Senado. “El Consejo” disponible en <https://www.cde.cl/el-consejo/>

¹¹¹ “Potestad de Fiscalización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el ámbito de las corporaciones y fundaciones”. Departamento de Personas Jurídicas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=98426&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

el archivo de los antecedentes), o si por otro lado, no se evacúa informe o no se ha cumplido total o parcialmente con las instrucciones impartidas (en este caso se apercibe a la entidad con solicitar la cancelación de la personalidad jurídica, por sentencia judicial).

Como fase final se agrega la “Fase de Impugnación”, la cual se encuentra reconocida por la Constitución Política de la República en sus artículos 6° y 7°, en la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado y, en la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. A raíz de esas normativas se establece que la impugnación puede llevarse a cabo a través de recursos administrativos como jurisdiccionales, siendo estos últimos las acciones de nulidad, como por ejemplo la acción de nulidad de derecho público, así como también las acciones de amparo, tal como el recurso de protección. A través de ellas se pone en conocimiento de un tribunal la controversia jurídica, solicitándole la revisión de la actuación administrativa o la tutela de un derecho o interés, en conformidad al ordenamiento jurídico. En estos casos la potestad de revisión del tribunal es más acotada, ya que sólo se somete a la decisión del tribunal los aspectos jurídicos de la decisión (aspectos de fondo y forma), estándole vedado al tribunal revisar los aspectos de mérito o conveniencia, ya que ello entra dentro de la órbita de actuación de la propia Administración del Estado. Lo anterior no impide, evidentemente, que el tribunal pueda revisar los presupuestos de hecho que establece la norma para el ejercicio de la potestad por parte de los organismos, ya que, como se sabe, están sujetos estrictamente al principio de legalidad¹¹².

Si el particular opta por la vía judicial de impugnación, sin entablar previamente los recursos administrativos disponibles, la Administración queda totalmente impedida de conocer de una impugnación administrativa del mismo acto, ya que la materia ya se encuentra sometida al conocimiento de los tribunales de justicia. Así lo ha establecido el artículo 54 de la ley N°19.880, operando una especie de preclusión,

¹¹² FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007

cuyo fundamento es la judicialización del conflicto jurídico, lo que evidentemente hace inviable un pronunciamiento de la Administración, ya porque quedaría sujeto a la decisión judicial, ya porque de emitirlo después de la resolución judicial, podría llevar a configurar un simple desacato de lo resuelto por el tribunal¹¹³.

Tal como señalamos, en el Derecho Administrativo chileno existen procesos generales de control de actividad administrativa, como son la “acción de nulidad de Derecho Público” y el “recurso de protección”. Ambos procesos son de aplicación general y común y pueden ser utilizados por los particulares para impugnar cualquier acto u omisión, siempre y cuando se encuadre en alguna de las causales o presupuestos de admisión que establece el propio ordenamiento. Partiendo por la Acción de Nulidad de derecho público, debemos señalar que ha sido conceptuada como aquella que se ejerce para obtener sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado, es así que hace referencia a toda acción contenciosa administrativa encaminada a obtener por parte de un tribunal de la República la anulación de un acto administrativo. Se trata de una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad, de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse en el desarrollo de sus actividades a lo preceptuado en la CPR y en las leyes dictadas conforme a ella. De esta forma la “ilegalidad de un acto administrativo” que puede acarrear su ineficacia, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y el objeto, como violación de la ley de fondo aplicable¹¹⁴.

“La importancia principal de la acción de nulidad de derecho público radica en que está situada como una de las dos acciones jurisdiccionales generales que contemplaría el ordenamiento jurídico chileno para el control de la actividad administrativa, junto con la acción de protección, constituyendo así una solución que permite hacer frente a la impunidad administrativa, por lo que su relevancia durante

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Diario Constitucional. (2020). “Acción de nulidad de derecho público ha sido conceptuada como aquella que se ejerce para obtener sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado”. Disponible en https://www.diarioconstitucional.cl/2020/05/29/accion-de-nulidad-de-derecho-publico-ha-sido-conceptuada-como-aquella-que-se-ejerce-para-obtener-sancion-de-ineficacia-juridica-que-afecta-a-aquellos-actos-de-los-organos-del-estado/#goog_rewarded

*las últimas décadas como acción de impugnación general de los actos administrativos en Chile es innegable. En efecto, bajo su amparo se han dejado sin efecto la más variada gama de actos administrativos, tales como desvinculaciones de funcionarios, términos de contratos administrativos, acuerdos municipales, contratos de compraventa de inmuebles municipales, revocaciones de actos declarativos de derechos, permisos de edificación, instrumentos de planificación territorial, autorizaciones de acuicultura y un sinnúmero de sanciones administrativas*¹¹⁵.

Sin embargo este proceso presenta variadas dificultades de configuración, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Por un lado, en lo sustantivo, si bien esta formulado con un contencioso administrativo anulatorio general, la jurisprudencia ha ido acotando las causales que permiten su ejercicio, reduciéndolo a los tres elementos que menciona el artículo 7 inciso 1° Constitución Política de la República: competencia, investidura regular y formalidades establecidas por la ley¹¹⁶. Así, bajo esta perspectiva, solo en la medida que se la irregularidad administrativa conlleve la infracción de alguno de esos elementos definidos por la Constitución se daría lugar a la sanción de nulidad establecida en ésta, lo que dejaría sin cobertura otras irregularidades, incluso de mayor gravedad, que no configuran técnicamente alguno de esos supuestos. Por otro, se ha discutido arduamente sobre el carácter prescriptible o no de la acción de nulidad de Derecho público, lo que se ha zanjado finalmente, por ahora, en la afirmación de la imprescriptibilidad de ésta, pero la prescripción de las acciones patrimoniales asociadas a ella. Este criterio que ha venido sosteniendo invariablemente la Corte Suprema desde fines del año 2000¹¹⁷, ha generado un desincentivo a la utilización de este mecanismo procesal, ya que en la mayoría de los casos la nulidad perseguida por los actores de actos estatales irregulares de antigua data tenía la intención de obtener la reparación patrimonial derivado del mismo, y no sólo el interés por cautelar la corrección de la actividad

¹¹⁵ MILLAR, Cristóbal. (2023). "A 20 años de Aedo con Fisco: ¿Aún queda algo de la vieja nulidad de derecho público?". En Latin American Legal Studies. Vol. 11 N°2. Santiago, p. 220.

¹¹⁶ Bermúdez Soto, Jorge, (2009) El principio de legalidad y la nulidad de Derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho común, en Revista de Derecho Público, 70, pp. 280 ss.

¹¹⁷ La sentencia clave en esta materia, es la sentencia de la Corte Suprema, "Aedo con Fisco", rol N° 852/2000, de 27 de noviembre de 2000, en que precisamente se afirmó la distinción entre la acción de nulidad de derecho público, de carácter imprescriptible, y las acciones patrimoniales que pudieran estar vinculadas, las que son prescriptibles, como todas las demás acciones civiles.

estatal. En cuanto a los aspectos procesales, las dificultades que presenta este proceso derivan de la propia aplicación de las normas procesales civiles a este contencioso administrativo, las que en muchas ocasiones no se adaptan a las características de este tipo de procesos. Así, los problemas que ha generado la identificación de los legitimados activos y la aplicación de las medidas cautelares han sido dos de los más relevantes en el último tiempo.¹¹⁸.

En cuanto a las “Acciones de amparo”, el Recurso o Acción de Protección se define como “el arbitrio jurisdiccional que establece la constitución para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando algunos de los derechos, taxativamente señalados en el artículo 20, hubieran sido privados, perturbados o amenazados por una actuación arbitraria o ilegal”¹¹⁹, presentándose además como medio alternativo o complementario respecto de las acciones ordinarias. De acuerdo al artículo 20 de la Constitución Política de la República, el recurso de protección es admisible “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”¹²⁰. Es así que el profesor Soto Kloss en “El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia”¹²¹ ha planteado que frente a un “agravio de un derecho fundamental producido por un tercero y protegido por el RP, el afectado puede escoger el recurrir a la justicia interponiendo 1) acción ordinaria y luego el RP; 2) una acción ordinaria ante el órgano competente y al mismo tiempo, a través de otro escrito ciertamente, un RP ante la Corte de Apelaciones respectiva, o bien; 3) un RP y luego una acción ordinaria de lato conocimiento”.

Siguiendo en esa línea, y tal como se ha venido señalando hasta ahora, el recurso de protección se ventila directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva, sin que sea necesario, agotar instancia administrativa o judicial previa.

¹¹⁸ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007

¹¹⁹ VALENCIA MUÑOZ, Javiera. (2021). El Recurso de Protección como contencioso administrativo de la inactividad formal. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 41.

¹²⁰ PINOCHET CANTWELL, Francisco José. (2020). El recurso de protección. Estudio profundizado. En El Jurista. Santiago, p. 204.

¹²¹ SOTO KLOSS, Eduardo. (1982). El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y Jurisprudencia. En Revista Chile de derecho. Santiago, p. 214 y 215.

Así, las personas solicitan directamente al tribunal el amparo o protección de alguno de sus derechos fundamentales, los que se pueden haber visto amenazados, privados o perturbados por actos u omisiones ilegales o arbitrarias de cualquier persona, órgano u organización pública o privada. En este contexto es usual que los operadores jurídicos utilicen derechos como la igualdad ante la ley, el debido proceso o la prohibición de comisiones especiales y la propiedad sobre bienes incorporeales como cláusulas abiertas de cobertura, tratando, a veces forzosamente, de enmarcar la actuación administrativa como perturbadora de alguno de ellos¹²².

Es un proceso urgente de tutela de derechos fundamentales, que tiene por objeto cautelar a todas las personas, privadas y públicas, naturales y jurídicas en el pleno disfrute de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República. Su procedimiento está regulado en una norma reglamentaria emanada de la propia Corte Suprema, esto es el Auto Acordado de 1992 y dispone tanto el plazo para recurrir, la tramitación ante la Corte de Apelaciones respectiva y la Corte Suprema, el contenido de la sentencia y la ejecución de la misma. Entre estos aspectos vale destacar el breve plazo dispuesto para su interposición, el cual corresponde a 30 días corridos y el cual no se ve suspendido ni interrumpido¹²³ por la interposición de los recursos administrativos impugnatorios, situación que si ocurre por ejemplo con la acción de nulidad de derecho público y con el general de las acciones judiciales dispuestas para ello. Así, interpuesto el recurso administrativo, el particular deberá paralelamente, o al menos antes de que transcurran 30 días corridos, interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, aún sin esperar el resultado de aquel, ya que sino serpa declarado extemporáneo este último, si se presenta con posterioridad a la resolución administrativa dispuesta

¹²² FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007

¹²³ Como bien apunta el profesor Jorge Bermúdez, la ley con propiedad habla de "interrupción" y no de "suspensión", ya que con ello permite al particular utilizar el plazo íntegro dispuesto por el legislador para impugnar judicialmente el acto y no la fracción restante dejada por el ejercicio del recurso administrativo. De este modo el plazo para impugnar judicialmente el acto se volverá a contar desde la fecha en que se notifique el acto que resuelve la impugnación administrativa o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el mero transcurso del plazo, operando la regla del silencio negativo que establece el artículo 65 de la ley N°19.880. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). Derecho Administrativo General. Segunda edición. Santiago. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, cit. (n.4), p. 138.

por la autoridad¹²⁴.

4.3 Municipalidades

Alejándonos un poco del gobierno central, encontramos diversos organismos que se suman a los ya mencionados en su rol fiscalizador, tales como la Contraloría General de la República, el Consejo para la Transparencia y las mismas municipalidades. En relación a estas últimas, podemos señalar múltiples entidades llamadas a controlar la correcta gestión de las corporaciones, comenzando por el alcalde, seguido del directorio de la corporación, el concejo municipal y la unidad de control municipal.

En cuanto al alcalde, el título II párrafo I de la Ley N°18.695 nos indica disposiciones generales de esta figura, partiendo por el artículo 56 el cual señala que *“es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento”*.

Sumado a lo anterior el artículo 63 del mismo cuerpo legal habla de sus atribuciones, dentro de las que podemos destacar las siguientes letras:

Artículo 63: “El alcalde tendrá las siguientes atribuciones:

d) Velar por la observancia del principio de la probidad administrativa dentro del municipio y aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia, en conformidad con las normas estatutarias que lo rijan;

e) Administrar los recursos financieros de la municipalidad, de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado;

II) Ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el artículo 37¹²⁵ de la Ley N°18.575”.

¹²⁴ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007

¹²⁵ Artículo 37 de la Ley N°18.575: *“Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá*

Finalmente, el artículo 67 nos indica la obligación que tiene el alcalde o alcaldesa de dar cuenta pública al Concejo Municipal una vez al año, la cual deberá hacer referencia a la gestión municipal del año inmediatamente anterior y la que deberá estar a disposición de cualquier ciudadano: *“El alcalde deberá dar cuenta pública al concejo, al consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil y al consejo comunal de seguridad pública, a más tardar en el mes de abril de cada año, de su gestión anual y de la marcha general de la municipalidad. La cuenta pública se efectuará mediante informe escrito, el cual deberá hacer referencia a lo menos a los siguientes contenidos:*

a) *El balance de la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera, indicando la forma en que la previsión de ingresos y gastos se ha cumplido efectivamente, como asimismo, el detalle de los pasivos del municipio y de las corporaciones municipales cuando corresponda;*

g) *Los convenios celebrados con otras instituciones, públicas o privadas, así como la constitución de corporaciones o fundaciones, o la incorporación municipal a este tipo de entidades.*

Asimismo, el alcalde deberá hacer entrega, al término de su mandato, de un Acta de Traspaso de Gestión, la que deberá consignar la información consolidada de su período alcaldicio, respecto de los contenidos indicados en el inciso segundo del presente artículo, así como de los contratos y concesiones vigentes. Dicha acta deberá ser suscrita por el secretario municipal y el jefe de la unidad de control. Sin embargo, podrán no suscribirla si no estuviesen de acuerdo con sus contenidos, debiendo comunicar ello al alcalde que termina su mandato. El acta de Traspaso de Gestión se entregará tanto al alcalde que asume como a los nuevos concejales que se integrarán, a contar de la sesión de instalación del concejo.

El no cumplimiento de lo establecido en este artículo será considerado causal de notable abandono de sus deberes por parte del alcalde”.

Siguiendo en esta línea, el artículo 15 del decreto N°462 señala que la

asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado”.

Corporación será administrada por un directorio compuesto de 4 miembros, además del Presidente, que será el respectivo Alcalde, al cual, según el artículo 23 del mismo cuerpo legal *“le corresponderá la iniciativa más directa en las actividades de la corporación, y además de los señalados en el artículo 16°, tendrá los siguientes deberes y obligaciones: d) ejercitar la supervigilancia de todo lo concerniente a la marcha de la institución y la fiel observancia de los estatutos, de las disposiciones legales pertinentes y de los acuerdos de las Asambleas Generales y del Directorio”*.

En cuanto al directorio de la corporación, el mismo Decreto N°462 señala en su artículo 15 inciso final que este *“administrará la Corporación y sus bienes con las más amplias facultades, sin perjuicio de las que en materia de supervigilancia y fiscalización se señalan en el artículo 3° de los presentes estatutos, pudiendo acordar y celebrar todos los actos y contratos que tiendan al cumplimiento de sus fines, con excepción de aquellos que se reserven al acuerdo de la Asamblea General de Socios”*. Si nos dirigimos al artículo 3° este establece que *“en el cumplimiento de estas finalidades, la corporación tendrá las más amplias atribuciones, sin perjuicio de las que en materia de supervigilancia y fiscalización correspondan a las Autoridades Públicas de acuerdo con las leyes y reglamentos”*.

En virtud de lo anterior, podemos comprender que la primera forma de fiscalizar que tiene el directorio será solicitando, en conformidad a las atribuciones establecidas en su estatuto, la intervención por parte de otras entidades de control y fiscalización, tales como la municipalidad respectiva o la Contraloría.

La segunda forma de fiscalizar a las corporaciones municipales la podemos desprender del artículo 16 del Decreto N°462, el que señala que el Directorio en su primera sesión designará de entre sus miembros al Secretario y Tesorero de la corporación. Posteriormente, el artículo 24 establece que *“Corresponderá al Secretario de la corporación supervigilar la marcha administrativa de ésta con arreglo a los acuerdos del Directorio, y actuar en todo aquello que el Directorio le encomiende respecto de la organización de la institución y de su funcionamiento interno, ya sea en conjunto con el Presidente, con otro Director o por sí solo. El Secretario de la corporación será el Ministro de Fe de la misma y certificará los actos y decisiones de*

sus organismos directivos". Finalmente al artículo 25° instruye que *"Corresponderá al Tesorero de la corporación supervigilar las finanzas de ésta con arreglo a los acuerdos del Directorio, y actuar en todo aquello que el Directorio le encomiende respecto de la administración de sus bienes, ya sea en conjunto con el Presidente, con otro Director o por sí solo"*.

Como tercera entidad encontramos el concejo municipal, el cual se encuentra consagrado en la ley N°18.695, título III artículo 71 y siguientes, donde se señala que en cada municipalidad habrá un concejo de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local y de ejercer las atribuciones que señala la ley. Estará compuesto por un número determinado de concejales que dependerá de la cantidad de electores que tenga la comuna o agrupación de comunas, los cuales durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. Asimismo el mismo cuerpo legal señala en su artículo 65° que el alcalde requerirá el acuerdo del concejo para la realización de ciertos actos tales como aprobar el presupuesto municipal, el plan regulador, adquirir, enajenar o gravar bienes inmuebles municipales, expropiar bienes inmuebles, otorgar subvenciones y aportes para financiar actividades comprendidas entre las funciones de las municipalidades, a personas jurídicas de carácter público o privado sin fines de lucro, entre otras. Es así que podemos interpretar que el concejo municipal actúa como coadministrador junto con el alcalde, siendo necesaria su aprobación para realizar ciertas actividades, debiendo tomar conocimiento de las gestiones realizadas y de la marcha de la corporación mediante distintos informes.

Finalmente, en cuanto a la unidad de control municipal, podemos destacar el artículo 136 de la ley N°18.695 que señala en su inciso final *"la unidad de control municipal respectiva tendrá, en los mismos términos, la facultad fiscalizadora respecto de estas entidades"*, siendo por tanto, una colaboradora tanto de la Contraloría como del concejo municipal en su labor fiscalizadora, pero además encargada de distintas labores tales como la realización de auditorías internas del municipio o el control de la ejecución financiera presupuestaria, entre otras.

Es importante destacar que "las corporaciones municipales manejan un alto

presupuesto que, de no tener control sobre ellos, puede terminar en un gran hoyo para el Estado. De hecho, estas instituciones, en promedio, casi duplican el gasto en remuneraciones a sus respectivas municipalidades¹²⁶. En efecto, así lo muestra un estudio de la Dirección de Fiscalización del Consejo para la Transparencia realizado en marzo del 2016¹²⁷, el cual fiscalizó a un universo de 53 Corporaciones Municipales, dentro de las cuales se comprendía la gestión de materias como educación, salud y atención al menor, obteniendo como resultados generales que el total de remuneraciones de las Corporaciones Municipales ascendía a la suma de \$445.856.0772, mientras que el total de remuneraciones de sus respectivas municipalidades solo alcanzaba la suma de \$230.847.771.

Es así que, a pesar de que numerosos órganos como el alcalde, el directorio, los concejales y departamentos de control municipal cuentan con atribuciones para supervisar y fiscalizar la correcta administración y el cumplimiento de los objetivos y metas de las corporaciones municipales, en la práctica se aleja de una revisión exhaustiva. “De hecho, son muchas las corporaciones que no entregan balances ni rendiciones que, según la ley Constitucional de Municipalidades, deberían entregar de manera semestral con Concejo”¹²⁸. Es aquí donde cobra relevancia la Contraloría General de la República, quien se ha hecho cargo de revisar los fondos públicos a través de auditorías, tema que trataremos de manera íntegra más adelante.

Un ejemplo de esto es el caso de la Corporación Municipal de Valparaíso (CORMUVAL), a la cual se le realizó una auditoría¹²⁹ en el mes de febrero de 2015 por la Unidad de Control externo de la Contraloría General de la República. Dicha auditoría arrojó en primer lugar que CORMUVAL no contaba con una unidad de auditoría interna que efectúe revisiones periódicas sobre la legalidad de la actuaciones de la entidad y la ejecución financiera de sus recursos. Además, constató

¹²⁶ JARA, MATIAS. (2017). Corporaciones Municipales: La olvidada monarquía de los alcaldes. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile.

¹²⁷ “Corporaciones Municipales 2016. Cuarto Proceso Fiscalización Transparencia Activa”. (2016). Dirección de Fiscalización. Consejo para la Transparencia. Disponible en [https://observatoriorifiscal.cl/archivos/documento/resultados_corporaciones_municipales_2016_comunicaciones\(CPT\).pdf](https://observatoriorifiscal.cl/archivos/documento/resultados_corporaciones_municipales_2016_comunicaciones(CPT).pdf)

¹²⁸ JARA, MATIAS. (2017). Corporaciones Municipales: La olvidada monarquía de los alcaldes. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile.

¹²⁹ Informe Final 34-14. Corporación Municipal de Valparaíso para el Desarrollo Social sobre auditoría a la deuda por descuentos legales y voluntarios. Febrero 2015. Contraloría General de la República.

que la citada Corporación no había sido fiscalizada ni por la Dirección de Control de la Municipalidad de Valparaíso, ni tampoco por el Concejo Municipal de la Municipalidad de Valparaíso, por lo que tenía una deuda cuyo monto nominal ascendía a junio del 2014 a \$11.676.059.341. Cifra que a noviembre del año 2023 alcanza la suma de \$180 mil millones.

Surge entonces la cuestión acerca de los estímulos que dichas entidades tienen para llevar a cabo estas funciones de manera efectiva, especialmente en consideración del actual déficit financiero que enfrentan numerosos municipios en todo el país, lo que no es un tema menor. “La falta de control de estas entidades ha sido gravitante en las malversaciones de caudales públicos que se han visto. Y los límites de estas revisiones son grandes. Al ser personalidades jurídicas de derecho privado, aunque desempeñen funciones públicas, no son contabilizadas en la normativa del Sistema de Contabilidad General de la Nación. Esto significa que sus balances no son entregados como un ápice del presupuesto municipal. Y sus ingresos y egresos solo son visados por el Secretario General, el directorio y el Alcalde. Este último actuando como presidente de la Corporación”.¹³⁰

4.4 Consejo para la Transparencia

En materia de transparencia y en conformidad al cumplimiento de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, las corporaciones municipales están sujetas a la fiscalización del Consejo para la Transparencia, teniendo ellas las mismas obligaciones que otras entidades públicas, lo cual ha sido ratificado en su jurisprudencia en numerosas decisiones, incluso por la Corte de Apelaciones. En ese sentido se ha manifestado la Contraloría General de la República en su dictamen N°160.316 de 29 de noviembre 2021 el que indica que las corporaciones municipales deberán observar la Ley N°20.285 sobre Transparencia, la Ley N°20.730 sobre Lobby, la Ley N°19.886 sobre Compras Públicas, la Ley N°19.880 sobre Procedimientos administrativos y la Ley N°20.880 sobre Probidad

¹³⁰ JARA, MATIAS. (2017). Corporaciones Municipales: La olvidada monarquía de los alcaldes. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile.

Administrativa.

Dicho dictamen comienza mencionando que las corporaciones municipales fueron constituidas para el cumplimiento de funciones municipales y realizan sus actividades con financiamiento público, por lo que en consecuencia, son entidades mediante las cuales las municipalidades ejercen atribuciones que la Carta Fundamental y el legislador les entregaron. Es por esta razón que se justifica que se les apliquen determinadas normas en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés público y cautelar que la actuación del Estado a través de ellos no adolezca de irregularidades.

Siguiendo con la Transparencia, el artículo 4° de la ley N°20.285 establece que *“Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública. El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”*.

Asimismo, el Título V “Del Consejo para la Transparencia”, señala en su artículo 31: *“Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. El domicilio del Consejo será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de los domicilios que pueda establecer en otros puntos del país”*. Continúa en su artículo 32 señalando que éste tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información. Se trata entonces de una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que no depende de ningún Ministerio para preservar su independencia¹³¹.

¹³¹ Sin perjuicio de lo anterior, los decretos relativos al Consejo serán firmados por el Ministro Secretario General

En cuanto a las obligaciones específicas en materia de transparencia activa que tienen las corporaciones municipales, el Consejo para la Transparencia ha puntualizado en su Oficio N°2079 del 29 de mayo de 2013 que las corporaciones deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos una vez al mes:

- 1) Actos y documentos publicados en el Diario Oficial (artículo 6 de la ley N°20.285).
- 2) Potestades, competencias, responsabilidades, funciones, atribuciones y/o tareas del organismo respectivo, y el marco normativo que le sea aplicable, el que comprenderá las leyes, reglamentos, instrucciones y resoluciones que las establezcan, incluidas las referidas a su organización (artículo 7 letra c) de la ley N°20.285).
- 3) Estructura orgánica del organismo y las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades y órganos internos (artículo 7 letra a de la ley N°20.285)). Se debe publicar la forma en que la Corporación ha dividido y ordenado las unidades administrativas creadas para cumplir sus funciones. Dicha estructura debe estar, entre otros, integrada por:
 - a) El presidente de la corporación
 - b) El directorio
 - c) La gerencia
 - d) El departamento de educación y el departamento de salud, cualquiera sea la denominación que estos tengan.
 - e) Los departamentos o unidades de administración y finanzas y de recursos humanos, y, en general todas las unidades, órganos internos o dependencias de la corporación.
- 4) En materia de personal (artículo 7° letra d) de la ley N°20.285) las corporaciones deberán informar:

de la Presidencia cuando no deban ser suscritos por ningún otro ministro. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 76. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

- a) La planta del personal y el personal a contrata que formen parte de la respectiva dotación docente y de salud comunal.
 - b) El personal que preste servicios para la Corporación en virtud de un contrato de trabajo no regido por las normas ya citadas, que se desempeñe en la administración central de la misma, como el personal no docente de establecimientos educacionales regidos por la ley N°19.464.
 - c) Todas las demás personas naturales que presten servicios para la Corporación en virtud de un contrato de trabajo o a honorarios, con indicación, en todos los casos, de las correspondientes remuneraciones.
- 5) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso (artículo 7° letra e) de la ley N°20.285).
- 6) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquellas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios (artículo 7° letra f) de la ley N° 20.285).
- 7) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros (artículo 7° letra g) de la ley N°20.285).
- 8) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano
- 9) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución (artículo 7° letra i) de la ley N°20.285).
- 10) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso (artículo 7° letra i de la

ley N°20.285).

- 11) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución (artículo 7° letra k) de la ley N°20.285).
- 12) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan (artículo 7° letra l) de la ley N°20.285).
- 13) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica (artículo 7° letra m) de la ley N°20.285).

Señala además que en los casos en que la Corporación no tenga información vinculada a alguno de los puntos antes señalados, deberá de igual manera incluir el respectivo link señalando expresamente que no se le aplica la obligación de informar, debiendo consignar las razones que lo justifiquen.

Siguiendo en esta línea, el Consejo para la Transparencia ha realizado distintas fiscalizaciones a lo largo de los años con el fin de poder dar cuenta del cumplimiento o incumplimiento de las corporaciones municipales en esta materia, siendo la primera en septiembre de 2013 y la última en el año 2018, sumando además un reporte de fiscalización de cumplimiento de las asociaciones y corporaciones municipales en torno al derecho de acceso a la información en el año 2020.

En este sentido, la sexta y última fiscalización realizada en el año 2018¹³², analiza un universo de 53 corporaciones municipales a lo largo de todo el país, contrastando de igual manera los resultados obtenidos en los años 2017 y 2016. Dichos resultados dan cuenta de un alza del puntaje promedio obtenido por las corporaciones a lo largo de los últimos años, llegando a un 79,54% de cumplimiento en relación con la Transparencia Activa y aumentando un total de 18,26 puntos en el promedio de cumplimiento desde el año 2016.

Lo anterior se ve confirmado por el "Reporte de Fiscalización de cumplimiento

¹³² Resultados de Fiscalización. Transparencia Activa. (2018). Consejo para la Transparencia. Disponible en <https://www.consejotransparencia.cl/category/fiscalizacion-ta/corporaciones-municipales/>

de Asociaciones y Corporaciones Municipales, Derecho de acceso a la Información, Proceso 2020''¹³³, el cual evaluó un universo de 60 corporaciones municipales, revisando ámbitos de Transparencia Activa tales como personal y remuneraciones, así como también Derecho de Acceso a la Información, mediante el ingreso de solicitudes bajo la modalidad de usuario simulado en los organismos fiscalizados, entre octubre y noviembre 2020. Dicho informe señala que *''A nivel de las corporaciones Municipales, el escenario es significativamente diferente, probablemente por la continuidad de procesos de fiscalización desde el año 2013, registrándose en términos agregados, diferencia entre las corporaciones que administran la salud y la educación municipal, de aquellas que han sido creadas con otros propósitos. Durante el proceso a que se refiere este informe, tres de cada cuatro corporaciones respondieron a la solicitud, y las infracciones en materia de Derecho de Acceso a la Información se vinculan principalmente – en los casos de respuesta – con la aplicación del procedimiento de prórroga o con manifestaciones parciales en relación a lo solicitado. En relación a Transparencia Activa, si bien se detectan casos de desactualización, lo que se observa como especialmente preocupante es la ausencia de información exigible, como los antecedentes relativos al personal de la administración y las escalas de remuneraciones''*.

Es así que más de la mitad de las corporaciones municipales fiscalizadas, equivalentes a un 62%, no presentaron infracciones. Sin embargo, señala este estudio que se debe avanzar respecto de la observancia de la Instrucción General N°11 del Consejo para la Transparencia, por cuanto solo una organismo no registró incumplimiento alguno al respecto. En este ámbito, un elemento crítico es la información sobre escalas de remuneraciones, la cual en muchos casos no es publicada, o si se hace, se encuentra incompleta y/o desactualizada. *''A diferencia de los casos anteriores respecto al personal, se observa que solo una minoría de las corporaciones municipales publica información sobre escala de remuneraciones (22 casos, un 36%). De esta manera, se detectan incumplimientos en poco más de la*

¹³³ ''Reporte de Fiscalización de cumplimiento de Asociaciones y Corporaciones Municipales, Derecho de acceso a la Información, Proceso 2020''. (2020). Unidad de Fiscalización. Dirección de Fiscalización. Disponible en https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/fiscalizacion_ta/2021/08/5.1.INFORME.Fiscalizacion-Cumplimiento-Asociaciones-y-Corporaciones-2020TA-DAI.13.10.21.pdf

mitad de los organismos (34 casos): 30 de ellos, no cuentan con la sección o indican expresamente que esta no les aplica, existiendo evidencia de que sí deberían publicar la escala, en particular, respecto de los servicios de salud y educación que presta un proporción relevante de las corporaciones fiscalizadas. A esto se agregan 2 casos en que el vínculo a la información no está operativo y las 2 corporaciones que no publican información de Transparencia Activa”¹³⁴.

4.5. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

4.5.1 Concepto y funcionamiento

La Contraloría General de la República de Chile ocupa una posición de suma importancia dentro del marco administrativo del país. Históricamente, ha desempeñado un papel fundamental en el control de legalidad de las operaciones administrativas y en el desarrollo de la jurisprudencia administrativa. Ante la ausencia de una justicia administrativa especializada y una tradicional reticencia de los tribunales ordinarios para supervisar la administración pública, la Contraloría ha sido durante mucho tiempo el principal mecanismo de control de los actos administrativos. A pesar de la creciente intervención de los tribunales ordinarios en este ámbito desde la década de 1980, la Contraloría aún juega un rol crucial en la configuración del derecho administrativo.

En términos históricos, la Contraloría tiene sus raíces en antiguas instituciones dedicadas a la fiscalización de la contabilidad pública. Conserva hasta hoy su función original como tribunal de cuentas, encargado de juzgar la responsabilidad contable de quienes manejan fondos públicos, un rol compartido con otras instituciones similares en Iberoamérica. Con el tiempo, la Contraloría ha ampliado significativamente sus atribuciones, convirtiéndose en un fiscalizador de los diversos servicios públicos que componen la administración y abarcando incluso aspectos legales.

Además de su función preventiva, la ley también confiere a dicha entidad, la

¹³⁴ *Ibíd.* p. 15.

emisión de dictámenes vinculantes para la administración. Esta facultad abarca prácticamente todas las áreas de interés del derecho administrativo, desde contratos hasta regulaciones de servicios públicos y urbanismo. En la práctica, los administrados recurren frecuentemente a la Contraloría para obtener pronunciamientos jurídicos en temas delicados, presentándola como un foro alternativo a la jurisdicción, lo cual subraya aún más su singularidad y prestigio en el ámbito del control administrativo¹³⁵.

La Contraloría General de la República se encuentra consagrada tanto en el Capítulo X, artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, como en el Decreto N°2421 que “Fija el texto refundido de la ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República”. En cuanto al artículo 98 de la CPR, este señala que: *“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengas 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”*.

Este rango constitucional asegura que la mentada institución pueda cumplir de manera satisfactoria su misión de controlar la administración debido a que goza de autonomía frente a otros poderes del estado, de esta forma sus funciones no pueden ser reducidas por el legislador, sometiéndose sólo a la Constitución Política de la República y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones. Estos órganos constitucionalmente autónomos “escapan de la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela”¹³⁶.

Tal como señala José Miguel Valdivia en “Manual de Derecho Administrativo”, dichas funciones mencionadas en el artículo 98 pueden ordenarse en términos

¹³⁵ VALDIVIA, José Miguel. (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Tirant Lo Blanch, p. 340 y 341.

¹³⁶CORDERO VEGA, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda edición corregida. Santiago. Thomson Reuters, p. 554.

esquemáticos en torno a cinco categorías de actividades: 1) control de legalidad de las actuaciones administrativas¹³⁷; 2) control del gasto público; 3) juicio de cuentas¹³⁸; 4) contabilidad general de la nación¹³⁹ y 5) otras funciones¹⁴⁰, tomando particular relevancia para este trabajo el control del gasto público.

En cuanto a la fiscalización de ingresos y gastos de los fondos públicos, la Contraloría cuenta con amplias facultades de inspección que se ejercen gracias a la independencia institucional con la que cuenta, sobre la gran mayoría de los servicios públicos, pudiendo requerir de ellos toda la información que sea necesaria. Es aquí donde cobran relevancia las auditorías, que permiten monitorear de forma exigente la gestión financiera de los servicios públicos. En este sentido, el artículo 21°A del Decreto N°2421 establece que: *“La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa. Conforme a lo anterior a través de estas auditorías la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará la operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.”*

En cuanto a los organismos sujetos a la fiscalización de la Contraloría General

¹³⁷ Mediante los mecanismos de toma de razón y la emisión de dictámenes.

¹³⁸ La Contraloría General de la República puede iniciar juicio de cuentas en contra de los funcionarios o exfuncionarios cuando con motivo de la administración de los recursos entregados a su custodia han actuado ilegalmente, con dolo o negligencia, provocando daño al patrimonio público. Este juicio tiene por objeto que el Estado se resarza de los perjuicios que se le hayan causado, situación que fluye del respectivo examen de cuentas o de las conclusiones de un sumario administrativo. La demanda respectiva se llama reparo y se deduce en contra de los inculpados, los que, por regla general, deben responder en forma solidaria. Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 161. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf

¹³⁹ Según el artículo 20 del Decreto N°2421, el Contralor tiene la facultad de proponer al Presidente de la República las disposiciones necesarias para uniformar los métodos de contabilidad y los procedimientos para el manejo de los fondos y bienes, así como para presentar las cuentas, formar inventarios y todo lo referido a la inversión y enajenación de bienes.

¹⁴⁰ Tales como el registro de funcionarios públicos, la facultad de conocer de las reclamaciones que los funcionarios públicos elevaren por afectación ilegal de sus derechos estatutarios y también recopilar y editar en forma oportuna y metódica todas las leyes, reglamentos y decretos de interés general y permanente.

de la República, el artículo 16 del Decreto N°2421 los señala, siendo estos: Servicios e Instituciones Fiscales y Semifiscales; Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley.

4.5.2 ¿Por qué corresponde a la Contraloría General de la República fiscalizar a las corporaciones municipales?

Conforme a todo lo anteriormente señalado, cabe preguntarse ¿por qué corresponde a la Contraloría fiscalizar a corporaciones municipales si su naturaleza es de una persona jurídica de derecho privado?

Para encontrar una respuesta a esta interrogante nos dirigiremos en primer lugar al artículo 15 del decreto N°462, es decir, al directorio y específicamente a la figura del Alcalde. El citado artículo nos señala que: *“La Corporación será administrada por un Directorio compuesto de 4 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 lo estime conveniente”*. Asimismo debemos recordar que las corporaciones fueron creadas por decisión de las municipalidades en virtud de delegar ciertos aspectos, por lo que los órganos de decisión y de control están mayoritariamente integrados por funcionarios públicos o por personas nombrados por estos, como el alcalde, quien es el presidente de la corporación pero quien también es un funcionario público sujeto a las normas del derecho público, por lo que puede estar propenso a reproches de carácter administrativo por la Contraloría General de la República.

En esta misma dirección se ha pronunciado la Contraloría en los dictámenes N°30.020 de 1990; 11.507 de 2003 y 34.149 de 2004, los cuales señalan que el alcalde, en su calidad de presidente del directorio, no ejerce una actividad de carácter particular, sino el desarrollo de una función pública propia de su cargo como autoridad, por cuanto la integración del indicado órgano de dirección no puede sino ser entendida en relación con el interés general que justifica la participación de los municipios en la constitución de tales personas jurídicas de derecho privado, de acuerdo con la autorización prevista en el artículo 129 de la ley N°18.695, en concordancia con el artículo 6° de la Ley N°18.575, el cual establece 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”.

En segundo lugar podemos remitirnos al artículo 98 de la Constitución Política de la República el que señala que corresponderá a la Contraloría General, entre otros asuntos, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes, y además, examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades.

Relacionado a lo anterior encontramos el artículo 25 del Decreto N°2421 que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República que señala que esta *“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”*. Y el artículo 136 del Decreto con Fuerza de ley N°1 que establece: *“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. La unidad de control municipal respectiva tendrá, en los mismos términos, la facultad fiscalizadora respecto de estas entidades”*. En virtud de lo anterior, el traspaso de fondos públicos queda sujeto a la fiscalización de la Contraloría respecto de su destino, uso y rendición, por lo que es mediante el proceso de auditoría que este ente logra supervigilar a las corporaciones.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República la que señala en su Dictamen N°75.508 de 2010 que: *“debe destacarse que el objeto básico de las personas jurídicas de que se trata consiste en la realización de las funciones públicas previstas en los literales a) y b) del artículo 4 de la ley N°19.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que se refieren a la educación y a la salud pública, y que aun cuando pueden ser desarrolladas en forma directa por estas*

instituciones, o con otros órganos del Estado, son tareas propias de los municipios por lo que el Estado contribuye al financiamiento de las corporaciones en estudio, por medio de la entrega de recursos de origen fiscal o municipal, según previenen los artículos 13 del referido decreto con fuerza de ley N° 1-3.063 y 5° letra g) de la ley N° 18.695, quedando, en este aspecto, las señaladas entidades sometidas a la fiscalización de esta Entidad de Control, conforme a los artículos 25 de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y 136 de la citada ley N° 18.695”.

Si bien la Contraloría tiene la facultad de revisar el funcionamiento de ciertas operaciones municipales y por consiguiente de sus corporaciones debido al uso de recursos de origen público, debemos traer a la vista el Dictamen N°160.316 de la Contraloría General de la República, de 29 de noviembre 2021, el cual profundiza el proceso de fiscalización, toda vez que ya no tratará solo del uso de recursos de origen público, sino que podrá referirse también a aspectos administrativos, incluso procedimientos internos de las corporaciones.

En razón de lo anterior, la Contraloría General de la República ha detectado, a través de informes de investigación especial, diversos casos de irregularidades en el manejo de fondos por parte de corporaciones municipales. A modo de ejemplo, se expondrán a continuación diversos casos relacionados con la materia de estudio.

CAPÍTULO 5: CASOS

5.1 Caso Quilpué

El informe de Investigación Especial N°64/2023¹⁴¹ realizado por la Contraloría Regional del Valparaíso a la Corporación Municipal de Quilpué con fecha 17 de abril de 2023, señala que la investigación se realizó con la finalidad de atender la presentación efectuada por los recurrentes, quienes denunciaban presuntas irregularidades ocurridas en relación con el financiamiento otorgado por la Corporación Municipal de Quilpué (CMQ) al Centro Comunal de Autismo de Quilpué.

¹⁴¹ Contraloría Regional de Valparaíso, informe de Investigación Especial realizado a la Corporación Municipal de Quilpué N°64/2023, 17 de abril de 2023.

En ese orden de consideraciones, el informe parte señalando que la CMQ es una persona jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, creada al amparo del decreto con fuerza de ley N°1-3.063 de 1980, del Ministerio del Interior, con el objetivo de administrar los servicios en el ámbito de la educación pública y salud primaria, traspasados en administración a la Municipalidad de Quilpué.

Dicho informe precisa además que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6°; 16 inciso segundo y 25 de la ley N°10.336 y 136 de la ley N°18.695 las corporaciones municipales como la de la especie se encuentran sujetas a la fiscalización de la Contraloría General para los efectos de cautelar el uso y destino de sus recursos, el cumplimiento de sus fines, la regularidad de sus operaciones y hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empelados. Además de que, tal como lo ha concluido la jurisprudencia administrativa en los dictámenes N°48.065 de 2001, 41.231 de 2005 y 40.644 de 2010 dicho control alcanza no sólo a la subvenciones y aportes fiscales que se les otorguen por ley a título permanente, sino que también a los ingresos propios que obtengan por cualquier vía.

Es así que se comprobó que, entre abril de 2020 y enero de 2022, la Corporación Municipal de Quilpué pagó 230 boletas a honorarios por la suma de \$131.865.144, por servicios que habrían prestado 36 personas en el Centro Comunal de Autismo de Quilpué (CCAQ), sin que se hayan proporcionado informes u otros antecedentes que permitan verificar las labores realizadas por cada uno de ellos y que, además, reembolsó a prestadora la suma de \$2.062.763, correspondiente a la adquisición de diversos bienes, que no fueron habidos, infringiéndose en ambas situaciones lo establecido en los artículos 55 del decreto ley N°1.263 de 1975, 2° letra c) y 10 de la resolución N°30 de 2015 de la Contraloría Regional de Valparaíso, como asimismo los principios de eficiencia y eficacia, consagrados en los artículos 3° y 5° de la ley N°18.575, por lo que la Contraloría formuló el respectivo reparo.

En virtud del primer punto, se constató que en la revisión efectuada por la Dirección de Administración y Finanzas de la Municipalidad de Quilpué a los gastos rendidos por la Corporación Municipal de Quilpué, con cargo a las subvenciones otorgadas por esa entidad edilicia, incluyen 85 de las 230 boletas de honorarios que conforme al examen efectuado por la Contraloría Regional de Valparaíso carecen de

antecedentes de respaldo de las labores realizadas, lo que denota un incumplimiento a lo establecido en la letra b) del artículo 27¹⁴² de la resolución N°30 de 2015, por lo cual la CRV determinó que la aludida entidad edilicia deberá instruir un procedimiento disciplinario orientado a determinar las eventuales responsabilidades administrativas que pudieran estar involucradas.

Se verificó además que el ente auditado no tenía claridad en torno al origen de los recursos empleados para el pago de los honorarios asociados al funcionamiento del Centro Comunal de Autismo de Quilpué, lo que denota una falta de control financiero-contable respecto de la trazabilidad y administración de los fondos, por lo que la Contraloría instó a que dicha entidad implemente los controles pertinentes a fin de evitar la reiteración de este tipo de situaciones.

Sumado a lo anterior, la CMQ no puso a disposición de dicha sede Regional los originales de los comprobantes de egreso, proceder que no se ajusta a lo establecido en el artículo 4°¹⁴³ de la citada resolución N°30 de 2015, mediante los cuales habría reembolsado a la prestadora la suma de \$1.342.100 por gastos operacionales del Centro Comunal de Autismo de Quilpué; además, a la misma prestadora, le reembolsó la suma de \$1.884.000, correspondiente a gastos por inscripción en cursos de capacitación a los que habrían asistido ella y otras personas que prestaron servicios en el referido Centro Comunal, sin que conste que esa corporación, por medio del financiamiento de las tales capacitaciones, haya dado cumplimiento a la función pública que aquella le compete, lo que ha implicado una vulneración a los nombrados principios de eficiencia y eficacia. En ese sentido, cabe reiterar que en el ejercicio de sus funciones y en resguardo del interés público comprometido, las autoridades y trabajadores de las corporaciones municipales deben observar los principios de

¹⁴² Artículo 27 letra b) de la Resolución N° 30 de la Contraloría Regional de Valparaíso: “*Transferencias a personas o entidades del Sector Privado. En estos casos la transferencia se acreditará con el comprobante de ingreso de la entidad que recibe los recursos firmado por la persona que la percibe, el que deberá especificar e origen de los caudales recibidos. Las unidades operativas otorgantes serán responsables de: b) proceder a su revisión para determinar la correcta inversión de los fondos otorgados y el cumplimiento de los objetivos previstos en la ley o en el acto que ordena la transferencia*”.

¹⁴³ Artículo 27 letra b) de la Resolución N° 30 de la Contraloría Regional de Valparaíso: “*Para efectos de la documentación de cuentas en soporte de papel se considerará auténtico solo el documento original, salvo que el juez en el juicio respectivo y por motivos fundados, reconozca este mérito a otro medio de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 55 del decreto ley N°1.263, de 1975 y 95 de la ley N°10.336. No obstante, en casos calificados por la Contraloría General, podrán aceptarse en subsidio de aquellos, copias o fotocopias debidamente autenticadas por el ministro de fe o el funcionario autorizado para ello*”.

eficiencia y eficacia, consagrados en los artículos 3 y 5 de la ley N°18.575, lo que les obliga a velar por la eficaz e idónea administración de los recursos públicos. En virtud de lo anterior, la Contraloría remitió copia del citado informe al Ministerio Público, para los fines pertinentes.

Finalmente se determinó que la Corporación Municipal de Quilpué pagó a determinado prestador, servicios de kinesiólogo desde agosto a diciembre 2021, en circunstancias que de conformidad a lo informado por la Universidad de Playa Ancha, esa persona obtuvo título profesional de kinesiólogo recién el 10 de noviembre de 2021, lo que no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 1°¹⁴⁴ del decreto N°1.082 de 1958, por lo que la Contraloría remitió copia del informe a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso para los fines pertinentes.

5.2 Caso Cerro Navia

El informe de Investigación Especial realizado a la Corporación de Desarrollo Social de Cerro Navia N°31/2010¹⁴⁵ con fecha 4 de octubre de 2010, realizado por la Contraloría General de la República señala en sus antecedentes que efectuó una investigación a dicha corporación con motivo de una presentación efectuada por la diputada señora Cristina Girardi Lavín y el concejal de la comuna de Cerro Navia, don Mauro Tamayo Rozas, en la que cuestionan diversos hechos que se habrían producido en dicha entidad.

En primer lugar denunciaron que la aludida corporación no habría ejecutado dos proyectos de salud, los que habían sido aprobados con la más alta mayoría de la comunidad en la modalidad de presupuestos participativos¹⁴⁶, durante el último trimestre del año 2008, relativos a un Proyecto Odontológico de Endodoncia y Prótesis

¹⁴⁴ Artículo 1° del Decreto N°1082 de 1958: *“Sólo podrán ejercer la profesión de kinesiólogo las personas que posean el título correspondiente otorgado por la Universidad de Chile o por otras Universidades reconocidas por el Estado”.*

¹⁴⁵ Contraloría General de la República, informe de Investigación Especial realizado a la Corporación de Desarrollo Social de Cerro Navia N°31/2010, 4 de octubre de 2010.

¹⁴⁶ Hasta el año 2008, la Municipalidad de Cerro Navia destinaba recursos a financiar proyectos mediante la modalidad denominada “Presupuestos Participativos”, para lo cual, una vez al año, las diferentes unidades municipales y la Corporación de Desarrollo Social elaboraban proyectos en distintas áreas, cuyo objetivo era realizar actividades de interés para los vecinos de la comuna, los que luego eran sometidos a consulta popular, ejecutándose aquellos que resultaran con mayor votación. Finalizado el proceso de elección de los proyectos por parte de la comunidad, las unidades a cargo de las iniciativas escogidas recibían el monto asignado, proveniente del presupuesto municipal. Una vez efectuadas las acciones planificadas, cada área de trabajo debía rendir cuenta de los gastos realizados a la dirección de control municipal.

Dentales¹⁴⁷, por un monto total de \$80.000.- y la construcción de un Centro Radiológico e Imagenología¹⁴⁸ en la comuna, cuya inversión total asciende a \$100.000.

Sumado a lo anterior se señaló que el nombramiento del directorio de la corporación, no se habría ajustado a lo dispuesto en el artículo 79, letra i) de la ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, según el cual corresponde al concejo municipal, entre otras atribuciones, elegir en un solo acto a los integrantes del directorio que le corresponda designar a la municipalidad en cada corporación o fundación en que tenga participación.

En virtud de lo anterior, la Contraloría General de la República en uso de sus facultades, realizó entrevistas, indagaciones, visitas a terreno, análisis de la documentación de respaldo y, la aplicación de otras técnicas de investigación, en la medida de considerarlas necesarias, comprobando lo siguiente:

En primer lugar, la Municipalidad de Cerro Navia, mediante decreto de pago N°3425, por \$180.000.000.- de fecha 11 de noviembre de 2008 autorizó una subvención extraordinaria para la dirección de salud, con el fin de llevar a cabo ambos proyectos anteriormente mencionados. Lo cual se materializó mediante el comprobante de egreso N°3.385 de 5 de diciembre de 2008. No obstante lo anterior, en sesión de concejo N°157 celebrada el 1 de diciembre de 200 se aprobó la redestinación de la subvención en análisis, para pago previsional y proveedores, argumentando que el Ministerio de Salud comprometió financiar ambos proyectos.¹⁴⁹

Luego, por decreto alcaldicio N°1.267 de 11 de diciembre de ese mismo año fue sancionada la modificación de la subvención, estableciéndose lo siguiente: *“Destínese la suma de \$173.426.000.- originalmente dirigida a los proyectos de Centro de Imagenología (Radiológico) por \$93.426.- y Odontológico de endodoncias y altas integrales con prótesis por \$80.000.000.- para cubrir compromisos previsionales y con*

¹⁴⁷ El origen del proyecto odontológico surge de la necesidad de atención de los vecinos entre 18 y 59 años de edad, cuya situación es vulnerable y orientada al sector más desprotegido, teniendo como finalidad mejorar y mantener la salud bucal del grupo objetivo a través de medidas preventivas y recuperativas. Este programa involucraba un costo total de \$80.000.- siendo la corporación municipal, a través del departamento de salud, la unidad a cargo del mismo.

¹⁴⁸ La corporación, específicamente a través del departamento de salud, elaboró un proyecto destinado a crear un centro de imagenología en la comuna, incluyendo la compra de equipos radiológicos para cubrir la demanda de exámenes de la comuna, cuyo costo ascendía a \$54.694.907.- En el caso de este proyecto, el concejo municipal junto con aprobar su realización, aumentó la inversión inicial a \$100.000.000.- según consta en el acuerdo N°750.

¹⁴⁹ Tal como consta en sus oficios ordinarios C52 N°3.725 y C52 N°3.800 de 19 y 27 de noviembre de 2008 respectivamente.

proveedores, toda vez que el monto total señalado será proporcionado por el Ministerio de Salud para la ejecución de los proyectos mencionados; la diferencia de \$6.574.000.- será aportada por la Municipalidad de Cerro Navia”.

Conforme a lo señalado, si bien la entidad edilicia aprobó la subvención extraordinaria a la corporación de desarrollo social, conforme a lo establecido en la normativa vigente y estando en perfecto orden con el cumplimiento de funciones municipales y con el correspondiente acuerdo del concejo; esto no se cumple en relación al cambio de destino de los recursos traspasados a la corporación para el pago de compromisos previsionales y a proveedores, puesto que no se cumpliría con el fin previamente establecido en la subvención¹⁵⁰.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento efectivo de los mentados proyectos, la Contraloría constató que en relación al Proyecto de Imagenología, para el cual el servicio de salud se comprometió a transferir un total de \$93.426.000.-, este no ha sido implementado por la corporación, de modo que no se ha dado cumplimiento al convenio suscrito al efecto con el Servicio de Salud Metropolitano Occidente, que obliga al municipio a desarrollarlo en los plazos y conforme un cronograma de trabajo acordados entre el director de salud y el mencionado Servicio, y a rendir los fondos al Ministerio, conforme la cláusula sexta del convenio citado. Cabe agregar que, conforme a la misma cláusula, finalizado el periodo de vigencia del convenio, corresponde que el servicio descuenta de la transferencia regular de atención primaria, el valor correspondiente a la parte no ejecutada de las actividades, lo que en este caso corresponde al total del monto transferido, cuestión que hasta la fecha del informe el servicio buscó evitar, según el oficio Ord. C52 N° 1.925 del Ministerio de Salud, en una constante búsqueda de auxilio a la comuna de Cerro Navia, atendiendo su situación crítica de los últimos años y buscando generar una nueva oportunidad de cumplimiento del convenio en el plazo más breve posible.

Por otro lado, en cuanto al Proyecto Odontológico al cual se habían destinado

¹⁵⁰ Al respecto cabe precisar que el Dictamen N° 25.953 del año 2000 de la Contraloría General de la República ha concluido que el destino de una subvención puede ser variado, sólo si tan modificación no impide que ella conserve el fin último para el que fue otorgada. A su turno, el dictamen N° 39.448 de 2004, señala que una subvención puede destinarse a deudas de arrastre, en la medida que se trate de pagos impostergables necesarios para permitir la continuidad de sus operaciones, que la operación se enmarque dentro de los fines para los cuales fue otorgada y siempre que las deudas se encuentren debidamente respaldadas. Conforme a lo anterior, en el caso en análisis no se evidencia ninguna de las condiciones contempladas en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría.

\$80.000.000.-, la CGR verificó que la corporación había ejecutado parte de ese proyecto, toda vez que a partir de diciembre de 2008 se contrataron especialistas a honorarios para realizar labores de endodoncia y prótesis dentales. Al efecto, la cuenta contable de gasto correspondiente a este proyecto presentó un movimiento de \$16.540.656, mientras que en el período de 2009 ascendió a \$10.006.500.- cantidades que corresponden a presupuesto corriente de la corporación.

Finalmente, en cuanto a la Conformación del Directorio de la Corporación de Desarrollo Social de Cerro Navia, en lo que respecta a la elección del directorio en ejercicio efectuada el año 2009, la Contraloría determinó que ésta no se ajustó a lo previsto por el artículo 79 letra i) de la ley N°18.695, por lo que corresponde que ese municipio arbitre las medidas tendientes a su regularización, así como a las otras deficiencias advertidas, otorgando un plazo de 30 días.

5.3 Caso Antofagasta

Karen Rojo, exalcaldesa de la municipalidad de Antofagasta, fue suspendida de sus labores en julio del año 2019, debido a la presentación de acciones legales en su contra producto de conductas que suponían la configuración de los delitos de fraude al fisco y negociación incompatible, a raíz de un mal manejo en contrataciones con patrimonio municipal.

Lo anterior significó la actuación de la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado.

Posteriormente fue declarada inhabilitada para el ejercicio de cargos públicos a raíz de la sentencia del Tribunal Electoral Regional y, con fecha 18 de enero de 2021 fue condenada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y el pago de una multa ascendente al 20% del perjuicio causado, equivalente a \$4.744.485.- como autora del delito de fraude al Fisco cometido en contra la de Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta entre el 1 de octubre de 2015 y el 1 de agosto de 2016, pena que dada su extensión es de cumplimiento efectivo¹⁵¹.

¹⁵¹ Causa N°7006-2021, (Penal) Nulidad, Corte Suprema – sala Segunda Penal, 23/03/2022.

La Fiscalía de Antofagasta determinó que la exalcaldesa contrató los servicios de José Miguel Izquierdo de la agencia MAIN Comunicaciones, para fines personales, los cuales consistían en asesoría política comunicacional a la, en ese entonces, alcaldesa Karen Rojo, con el objetivo de mejorar sus condiciones para la competencia electoral 2016, comenzando Izquierdo a prestar sus servicios ese mismo año. Sin embargo a mediados del mes de octubre, y ante la dificultad de obtener fondos para el pago de la asesoría que ya se estaba ejecutando, Rojo optó en forma deliberada por instruir la celebración de un contrato de asesoría comunicacional entre la empresa MAIN y la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta (CMDSD), persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro creada conforme al DFL N°1-3.063 de 1980 del Ministerio del Interior y cuya función comprende la administración y operación de los servicios de educación, salud y atención de menores traspasados por la Municipalidad de Antofagasta, teniendo a su cargo recursos fiscales recibidos del Ministerio de Educación y de Salud conforme a las disposiciones del DFL N°2 del Ministerio de Educación y la Ley N°19.378 sobre aporte fiscal del Ministerio de Salud.

Tal decisión fue adoptada por Rojo en su calidad de Alcaldesa y Presidenta del Directorio de dicha Corporación, concertándose para tales efectos con su Secretario Ejecutivo: Edgardo Vergara Montt, quien cumpliendo la instrucción dada por Rojo, suscribió, sin que existiera una necesidad inmediata para la Corporación y con el solo objeto de pagar una asesoría contratada en beneficio exclusivo de Rojo, el contrato entre MAIN y la CMDSD, los primeros días de diciembre de 2015, no obstante que el mismo se dató con fecha 1 de octubre del mismo año.

Por los servicios prestados a Karen Rojo, la CMDSD, que en definitiva asumió su costo en virtud de la celebración del contrato antes señalado, desembolsó la suma total de \$23.152.528.- que fueron facturados a favor de Izquierdo y Novoa Limitada, MAIN comunicación estratégica, correspondiendo la suma de \$20.896.404.- a 20 facturas de servicio por asesorías extendidas entre el 2 de diciembre 2015 y el 27 de julio de 2016 (10 para el sector de Salud y 10 para el Sector de Educación) y la suma de \$2.826.024.- con motivo de 4 facturas por gastos de traslados de fecha 21 de marzo de 2016 y el 31 de mayo de igual año (2 para el sector de Salud y 2 para el de Educación) y de 2 órdenes de compra por gastos de traslado, de modo que se defraudó

y perjudicó a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta por la suma de \$23.722.428.-¹⁵²

Desde dicha sentencia Karen Rojo intentó, mediante la interposición de diversos recursos, evitar el cumplimiento efectivo de la sentencia decretada en el mes de enero 2021, siendo el último de ellos un recurso de nulidad el cual fue rechazado por la Corte Suprema en el 23 de marzo del año 2022, confirmando la condena de la exalcaldesa por fraude al Fisco.

En virtud de lo anterior, a Rojo no le quedaba otra opción más que cumplir su condena. Sin embargo, la situación dio un giro inesperado luego de que se informara que se había fugado de Chile con destino a países bajos, lugar donde posteriormente fue detenida el 13 de julio del año 2022. En ese entendido el Ministerio Público solicitó la extradición de la exalcaldesa de Antofagasta, la que actualmente se encuentra detenida en la cárcel de Urchet y que prontamente deberá ser reconducida a Chile para ponerse a disposición de la justicia y así cumplir de manera efectiva pena.

¹⁵² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. Sentencia de 18 de enero de 2021, RUC 1700480634-4, RIT 147-2020.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación pudimos constatar que si bien, existen avances tendientes a la incorporación de las corporaciones municipales dentro de la Administración Pública, estos son insuficientes toda vez que se requiere de una reforma legal completa que modifique cada una de las leyes indicadas en el Dictamen N°160.316 de 2021, esto es, ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios; ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública; ley N°20.730 que Regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios y; ley N°20.880 sobre Probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, así como también el DFL1-19653 que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 2°, incorporando a las corporaciones municipales de manera expresa, evitando así presuntos problemas de legalidad y resguardando la correcta ejecución de las funciones públicas.

En ese sentido, la existencia de distintas normativas aplicables, de distintas posturas y criterios no unificados, tales como que el personal de dichas entidades se rija, en general, por el Código del Trabajo, genera un problema de discrecionalidad normativa, lo que conlleva a problemas directos en materia de probidad y transparencia, dificultando el control público ante potenciales situaciones de riesgo como las que analizamos a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, la falta de controles sumado a la libertad que tienen las distintas corporaciones para definir las funciones y remuneraciones de su personal genera mayores incentivos para que las personas prefieran trabajar en las corporaciones y no en las municipalidades, evitando así las exigencias preestablecidas para acceder a determinados cargos públicos, lo que es particularmente riesgoso en los casos de las entidades a las cuales se le delegaron materias de salud, de educación o de atención de menores.

Siguiendo en esta línea, el riesgo aumenta aún más si consideramos que las corporaciones municipales cuentan tanto con financiamiento público, el cual proviene

del Gobierno como de las municipalidades; y financiamiento privado, el cual proviene a su vez de donaciones, herencias y legados. En relación a este último el peligro es evidente toda vez que tal como mencionamos a lo largo de este trabajo, no es necesario explicitar de dónde provienen estos fondos ni cuál es el destino final de los mismos, facilitando de esta manera casos de posible malversación de fondos, compras con licitaciones aparentemente arregladas u otro tipo de prácticas ilegales¹⁵³.

Lo anterior sumado a que, en materia presupuestaria, las corporaciones no se encuentran afectas a las disposiciones de la Ley de Administración Financiera del Estado y demás normas pertinentes aplicables al sector municipal, de igual manera, tampoco se encuentran afectas al Sistema de Contabilidad General de la Nación, generándose con ello potenciales riesgos de conflicto de interés, en el mejor de los casos, y hasta potenciales situaciones de corrupción, al no existir la obligación de control ni escrutinio por parte de las entidades fiscalizadoras sobre la totalidad de recursos que estas gestionan en cuanto a la pertinencia de ingreso y gasto, mecanismos y fuentes de financiamiento utilizados, ni tampoco el mismo nivel de detalle en el análisis de sus cuentas por parte de las entidades fiscalizadoras, no alcanzando en consecuencia la misma profundidad en la detección de potenciales riesgos existentes, quedando sin cobertura de control un espacio que sigue siendo de interés, recursos y de actividad eminentemente pública¹⁵⁴.

En virtud de lo anterior, debemos reconocer también que la Contraloría General de la República realizó un importante avance en esta materia con su dictamen N°160.316 de 2021, el cual permitió que las corporaciones municipales fuesen consideradas como “órganos públicos” para efectos de la aplicación de determinadas regulaciones del Derecho Administrativo, generando un progreso fundamental en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, haciendo posible un adecuado control social y democrático.

En relación con los casos específicamente estudiados, podemos señalar también que es precisamente la Contraloría la que ha podido investigar cada una de

¹⁵³ La Tercera. (2022). Fiscalización de las corporaciones municipales. Disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/fiscalizacion-de-las-corporaciones-municipales/A3YTDYF4FBGL3L7OE5JW7FFWNM/#>

¹⁵⁴ DÍAZ P, PAULA. (2017). Análisis del marco jurídico de las corporaciones municipales en Chile. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile, p. 28.

estas situaciones, haciendo uso de las facultades concedidas, pero también nos demuestran la importancia de reforzar los mecanismos de control y de fiscalización sobre estas corporaciones, como parte de una *“indispensable modernización de la institucionalidad municipal para evitar manejos irregulares. Por de pronto, es evidente que al recibir dichas corporaciones cuantiosos recursos públicos, ser objeto de donaciones privadas y poder llevar a cabo una serie de actividades comerciales, resulta un contrasentido que los sistemas de fiscalización no sean robustos. El estándar debería ser un control similar a los que rigen para las entidades del Estado, lo mismo que para efectos de concretar compras públicas y acceso a la información”*¹⁵⁵.

¹⁵⁵ La Tercera. (2022). Fiscalización de las corporaciones municipales. Disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/fiscalizacion-de-las-corporaciones-municipales/A3YTDYF4FBGL3L7OE5JW7FFWNM/#>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO JUÁREZ, José. (2021). El Derecho Administrativo. Introducción, Fundamentos, Sistema de Fuentes. Primera Edición. Argentina. Ediciones Olejnik, p. 123.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011). Derecho Administrativo General. Segunda edición. Santiago. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, p. 2, 138, 327, 363 y 364.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, (2009) El principio de legalidad y la nulidad de Derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho común, en Revista de Derecho Público, 70, pp. 280 ss.
- CALDERA DELGADO, Hugo. (1987). Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado. Revista de Derecho Público. N° 41-42 , p. 168 y 169.
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys. (2008). 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, p. 263, 265, 271 y 275.
- CÁRCAMO, Alejandro. (2021). Algunos comentarios al dictamen E160316-2021, de fecha 29 de noviembre de 2021, de la Contraloría General de la República. ¿El principio del fin de las Corporaciones Municipales?. Disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/algunos-comentarios-al-dictamen-e160316-2021-de-fecha-29-de-noviembre-de-2021-de-la-contraloria-general-de-la-republica-el-principio-del-fin-de-las-corporaciones-municipales/>
- CEA EGAÑA, José Luis. (2013). Tercera regla de oro del derecho público. En Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Segunda época año I, N°1-2013, p. 119 y 124.
- CORDERO VEGA, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda edición corregida. Santiago. Thomson Reuters, p. 17 y 554.
- CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal. (2023). Probidad Administrativa. En Derecho

(Alfabetizado) de la administración pública chilena. 7ª edición, p. 282.

- “Corporaciones Municipales 2016. Cuarto Proceso Fiscalización Transparencia Activa”. (2016). Dirección de Fiscalización. Consejo para la Transparencia. Disponible en [https://observatoriofiscal.cl/archivos/documento/resultados_corporaciones_municipales_2016_comunicaciones\(CPT\).pdf](https://observatoriofiscal.cl/archivos/documento/resultados_corporaciones_municipales_2016_comunicaciones(CPT).pdf)
- DEL SAZ CORDERO, Silvia. (1994). La Huida del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos y Críticas. En Revista de Administración Pública. Núm. 133, p. 74 y 82.
- Diario Constitucional. (2020). “Acción de nulidad de derecho público ha sido conceptuada como aquella que se ejerce para obtener sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado”. Disponible en https://www.diarioconstitucional.cl/2020/05/29/accion-de-nulidad-de-derecho-publico-ha-sido-conceptuada-como-aquella-que-se-ejerce-para-obtener-sancion-de-ineficacia-juridica-que-afecta-a-aquellos-actos-de-los-organos-del-estado/#goog_rewarded
- DÍAZ P, PAULA. (2017). Análisis del marco jurídico de las corporaciones municipales en Chile. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile, p. 9 y 28.
- Diccionario de la lengua española. (2001). Real Academia española. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/eficacia>
- Diccionario de la lengua española. (2001). Real Academia española. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/eficiencia>
- “El Consejo” disponible en <https://www.cde.cl/el-consejo/>
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007
- “Fiscalización de Uso de Recursos”. Superintendencia de Educación. Disponible en <https://www.supereduc.cl/fiscalizacion/fiscalizacion-por-recursos/>
- HERNÁNDEZ E., Domingo (2005). Notas sobre algunos aspectos de la reforma a

las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos. En La Constitución Reformada de 2005. Humberto Nogueira A ., p. 33.

- JARA, MATIAS. (2017). Corporaciones Municipales: La olvidada monarquía de los alcaldes. En Observatorio del Gasto Fiscal en Chile.
- La Tercera. (2022). Fiscalización de las corporaciones municipales. Disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/fiscalizacion-de-las-corporaciones-municipales/A3YTDYF4FBGL3L7OE5JW7FFWNM/#>
- LINAZAROSO ESPINOZA, Izaskun. (2018). El derecho a una buena administración pública en Chile. En revista de Derecho Público. N° 88, p. 97, 102 y 104.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. (1991). Las empresas públicas. Reflexiones del momento presente. En Revista de Administración Pública, número 126. Sevilla, p. 133.
- Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado. (2008). Gobierno de Chile, p. 16, 22, 23, 68 y 131. Disponible en https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2018/07/141009_Manual_transparencia.pdf
- MILLAR, Cristóbal. (2023). "A 20 años de Aedo con Fisco: ¿Aún queda algo de la vieja nulidad de derecho público?. En Latin American Legal Studies. Vol. 11 N°2. Santiago, p. 220.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando. (2008). El Principio de Control. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- PINOCHET CANTWELL, Francisco José. (2020). El recurso de protección. Estudio profundizado. En El Jurista. Santiago, p. 204.
- "Potestad de Fiscalización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el ámbito de las corporaciones y fundaciones". Departamento de Personas Jurídicas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmlID=98426&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION
- PRECHT RORRIS, Alberto. (2021). La Huida. En La Tercera. Santiago. Disponible en <https://www.latercera.com/opinion/noticia/la->

[huida/UNF3BBW5URFWRDFAVPL6OASNRY/#](https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/probidad-y-transparencia-principios-fundamentales-del-estado/#goog_rewarded)

- RAVEST, Maximiliano. (2015). Probidad y Transparencia: Principios fundamentales del Estado. En Diario Constitucional. Santiago. Disponible en https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/probidad-y-transparencia-principios-fundamentales-del-estado/#goog_rewarded
- “Reporte de Fiscalización de cumplimiento de Asociaciones y Corporaciones Municipales, Derecho de acceso a la Información, Proceso 2020”. (2020). Unidad de Fiscalización. Dirección de Fiscalización. Disponible en https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/fiscalizacion_ta/2021/08/5.1.INFORME.Fiscalizacion-Cumplimiento-Asociaciones-y-Corporaciones-2020TA-DAI.13.10.21.pdf
- Resultados de Fiscalización. Transparencia Activa. (2018). Consejo para la Transparencia. Disponible en https://www.consejotransparencia.cl/category_fiscalizacion_ta/corporaciones-municipales/
- ROJAS MOYANO, Melisa. (2014). Corporaciones y fundaciones de Derecho Privado creadas por iniciativa pública. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 1, 7, 9, 50 y 55, 178.
- ROJAS OPAZO, Jaime. (2023). La administrativización de las corporaciones municipales: Revisión a partir del Dictamen 160.316 del 2021 de la Contraloría General de la República. En Revista de Derecho Público, Núm. 98 (Julio 2023), p. 80.
- SALA ARQUER, José Manuel. (1992). Huida al Derecho Privado y Huida del Derecho. En Revista Española de Derecho Administrativo, número 75, p.399.
- SAINZ MORENO, Fernando (1991). “Secreto e información en el Derecho Público”. En Martín Retortillo, Sebastián (coordinador), III Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, p. 2863.
- SCHLEYER G., María Trinidad. (2024). Acusación constitucional: desde lo teórico a lo práctico. Una herramienta a mejorar. Fundación Libertad y Desarrollo. Núm.

75. Santiago, p. 43 y 46.
- SOTO KLOSS, Eduardo. (1982). El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y Jurisprudencia. En Revista chile de derecho. Santiago, p. 214 y 215.
 - STRAUSS KLEIN, Mijael. (2012). La Nueva Gestión Pública, la Huida del Derecho Administrativo y el Retorno al Derecho Público”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, p.13 y 28.
 - SUÁREZ MUÑOZ, Cesar. (2024). El control administrativo del gasto público en las corporaciones municipales. Rubicón Editores. 1ª edición. Santiago, p.18.
 - TRONCOSO REIGADA, Antonio. (1997). Privatización, empresa pública y Constitución. Madrid, Marcial Pons, p.50.
 - URSI, Riccardo. La perspectiva de la eficiencia de la administración pública. Charla magistral sobre principio de eficiencia y derecho administrativo. Contraloría General de la República, p. 144.
 - VALDIVIA, José Miguel. (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Tirant Lo Blanch, p. 31, 34, 132, 340 y 341.
 - VALENCIA MUÑOZ, Javiera. (2021). El Recurso de Protección como contencioso administrativo de la inactividad formal. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, p. 41.

JURISPRUDENCIA

1. Contraloría General de la República, dictamen N°4.005, 30 de enero de 1990.
2. Contraloría General de la República, dictamen N°29.382, 2 de noviembre de 1993.
3. Contraloría General de la República, dictamen N°2.531, 19 de enero de 2004.
4. Contraloría General de la República, dictamen N° 34.149 de 7 de julio 2004.
5. Contraloría General de la República, dictamen N°55.344, 21 de noviembre de 2006.
6. Contraloría General de la República, dictamen N°21.281, 23 de abril de 2009.

7. Contraloría General de la República, dictamen N°75.508, 15 de diciembre de 2010.
8. Contraloría General de la República, dictamen N°40.491, 28 de julio de 2011.
9. Contraloría General de la República, dictamen N°80.445, 27 de diciembre de 2012.
10. Contraloría General de la República, dictamen N°20.301, 4 de abril de 2013.
11. Contraloría General de la República, dictamen N°47.565, 26 de julio de 2013.
12. Contraloría General de la República, dictamen N°52.315 de 14 de agosto de 2013.
13. Contraloría General de la República, dictamen N°6.224, 27 de enero de 2014.
14. Contraloría General de la República, dictamen N°52.865, 10 de julio de 2014.
15. Contraloría General de la República, dictamen N°31.953, 23 de abril de 2015.
16. Contraloría General de la República, dictamen N°160.316, 29 de noviembre 2021.
17. Contraloría General de la República, informe de Investigación Especial realizado a la Corporación de Desarrollo Social de Cerro Navia N°31/2010, 4 de octubre de 2010.
18. Contraloría General de la República, Informe Final 34-14. Corporación Municipal de Valparaíso para el Desarrollo Social sobre auditoría a la deuda por descuentos legales y voluntarios. Febrero 2015.
19. Contraloría Regional de Valparaíso, informe de Investigación Especial realizado a la Corporación Municipal de Quilpué N°64/2023, 17 de abril de 2023.
20. II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago. Informe 269/2021, 14 de octubre 2021.
21. Consejo para la Transparencia, Oficio N°2079, 29 de mayo de 2013.
22. Corte Suprema. Sala Tercera (Constitucional). Causa n°7284/2009 (Apelación), 28 de enero de 2010.
23. Corte Suprema. Sala Tercera (Constitucional). Causa n°92.957/2016 (Apelación), 11 de abril 2017.
24. Dirección del Trabajo en Ord. N°188/159, 11 de mayo de 2000.
25. Dirección del Trabajo en Ord. N°653/16, 7 de febrero de 2017.

26. Dirección del Trabajo en Ord. N°1624/41 de abril de 2017.
27. Dirección del Trabajo en Ord. N°1812, 12 de julio 2021.
28. Causa N°7006-2021, (Penal) Nulidad, Corte Suprema – sala Segunda Penal, 23/03/2022.
29. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. Sentencia de 18 de enero de 2021, RUC 1700480634-4, RIT 147-2020.