RAMO: DERECHO ADMINISTRATIVO



UNIDAD I NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO



CLASE 01

1. ORIGEN Y ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo es una rama del Derecho relativamente nueva, siendo específicamente una rama del derecho público. Sólo surge a partir del nacimiento del Estado de Derecho. Como afirma el profesor Silva Cimma "no puede hablarse de un Derecho Administrativo, como disciplina científica coordinada, con puntos de vista propios y especiales para la apreciación de los múltiples actos jurídicos que atañen a la Administración del Estado, o a las vinculaciones de éste con sus súbditos, con anterioridad a la organización del Consejo de Estado de Francia, que viene a marcar la separación de la época del "Estado de Derecho" —que actualmente se vive-y el régimen que la doctrina señala como "el Estado de Policía", cuya característica esencial es la concentración de poderes en manos del príncipe o monarca." (Silva Cimma, Enrique, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado" Introducción y Fuentes. Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, 1996, pág. 21).

Nadie desconoce que antiguamente la actividad del "estado", llego a ser un monstruo de 7 cabezas; ya en el periodo de las monarquías absolutas, como señala el destacado autor, el poder se concentraba en las manos del monarca. El príncipe era quien dictaba las leyes, organizaba los servicios públicos, establecía los tributos, etc. Quienes administraban justicia, lo hacían también en nombre del príncipe, sin gozar de independencia en su función pues, la palabra final también la tenía el monarca.

Sólo con el surgimiento del Estado de Derecho, es decir, en el momento en que se concibe el ejercicio del poder sujeto a la norma general de la ley, la responsabilidad del gobernante y se consolida el principio de separación de poderes del estado, se dan las condiciones para que surja un derecho de la administración.

Es así como Fernando Garrido Falla define al derecho administrativo como "Aquella parte del derecho público que regula la organización y el funcionamiento del poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, asi como la función administrativa de los diversos poderes y órganos constitucionales del Estado"; Por su parte Jorge Reyes Riveros nos entrega una definición de derecho administrativo tomada desde un punto de vista orgánica y funcional, a saber, define al derecho administrativo como "La rama del derecho público, conformada por un conjunto de normas y de principios, que regula tanto a los órganos del Estado, como la función administrativa que ejerce, y asimismo las relaciones de las entidades públicas con los administrados, sobre la base de lograr el bien común, y de servir a las personas, respetando, amparando e incentivando los derechos de los individuos".

En el constitucionalismo clásico se recoge el principio de separación de poderes del Estado en los textos constitucionales como freno al poder absoluto. Se distinguen tres funciones del Estado que se ejercen separadamente por órganos autónomos e independientes:

- La función de hacer las leyes, radicada en el Poder Legislativo;



- La función de administrar justicia, potestad-deber del Poder Judicial, y
- La función de conducir políticamente a la sociedad, de velar por la seguridad exterior y el orden interno y de propender al desarrollo sustentable de la misma, radicada en el Poder Ejecutivo.

A las funciones mencionadas precedentemente se suma mas adelante la función de control que involucra el control político y administrativo de las funciones públicas que, al menos en el sistema político chileno, no puede asociarse exclusivamente a uno de los poderes del Estado pues, se desarrolla por todos ellos, en forma interna, entre órganos de los distintos poderes a través de los frenos y contrapesos previstos en el ordenamiento jurídico y por órganos específicamente creados para el control, como son en el ordenamiento constitucional, la Contraloría General de la República; el Tribunal Calificador de Elecciones y el Tribunal Constitucional.

1.1. Función Ejecutiva del Estado. Gobierno y Administración

La función ejecutiva del Estado es aquella actividad que desarrolla el estado en forma continua y permanente. Le corresponde, por una parte, la determinación, dirección y coordinación de la política general del Estado, y por otra parte, el desarrollo de disposiciones jurídicas superiores, ya sea en forma general y/o particularizada, a efectos de gestionar los asuntos públicos.

Dentro de la función ejecutiva, la doctrina distingue dos subfunciones: la de gobierno y la de administración.

La primera, involucra la conducción política de la sociedad, la representación del Estado ante la comunidad internacional, la seguridad exterior y el orden público interno; en tanto que, la función de administración comprende toda la "actividad estatal que tiene por objeto la realización de los fines del Estado en cuanto requieren ejecución práctica mediante actos jurídicos reglamentarios o subjetivos, e incluso, mediante operaciones materiales." (Silva Cimma, ob. cit., Tomo I, pág. 25).

Si bien resulta difícil fijar una frontera precisa entre los actos de Gobierno y los de Administración, el ordenamiento constitucional chileno distingue entre ambas funciones que, en el más alto nivel, radica en un solo órgano: el Presidente de la República. Tal distinción queda en evidencia en las distintas disposiciones constitucionales, tales como:

Artículo 24.- "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes." (Es este inciso, la Constitución alude a cometidos esenciales de gobierno).



Artículo 110.- Para *el gobierno y administración interior del Estado*, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de *la administración local*, las provincias se dividirán en comunas.

Artículo 111.- El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. (...)

La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

Artículo 118.- La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo.

Los actos de gobierno se caracterizan por ser de naturaleza política y, por tanto, en el ámbito de las funciones de gobierno, la autoridad actúa con un amplio margen de discrecionalidad ya que se trata de decisiones que recaen sobre situaciones nuevas, diferentes cada vez que se plantean y que, por ende, no pueden ser previstas y previamente reguladas por la ley. Declarar la guerra, establecer o romper relaciones con otro Estado, convocar a plebiscito, declarar un estado de excepción constitucional, etc. son actos propios de gobierno. Por el contrario, la administración supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos del poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos, en definitiva, esta función se relaciona con la dirección de la estructura fiscal

Las actividades de Gobierno y de Administración están estrechamente relacionadas. La conducción política del Estado (en su sentido mas amplio) implica una planificación, esto es, la definición de un programa de gobierno, que se traduce en planes, políticas públicas y programas que, la Administración, concebida como un medio para realizar los cometidos estatales, deberá materializar a través de su actividad y en miras del bienestar general.

La administración se vincula así a la Política, en donde la administración viene a ser el medio para obtener los fines buscados por la actividad política.

La distinción entre actos de gobierno o políticos y actos de la administración proviene de la doctrina francesa, que en un primer momento asociaba los actos de gobierno a la razón de Estado, eximiendo por tanto a estos del control de juridicidad; luego a medida que se desarrolla el Estado de Derecho, la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos se hace más objetiva, entendiéndose por actos de gobiernos aquellos que se asocian a la función de gobierno y por administrativos aquellos que se asocian a la función de administrar. Por su parte la dogmatica alemana sostiene que, mientras la actividad de gobierno es ampliamente discrecional, en el sentido de que la autoridad tiene amplísima libertad para



adoptar sus decisiones atendiendo sólo a criterios de oportunidad y conveniencia, la administración es una actividad reglada, es decir, en este ámbito el actuar de los órganos estatales está regulado por el Derecho, específicamente por el Derecho Administrativo y puede reclamarse de sus actos si ellos no se ajustan a la normativa que los rige.

De acuerdo a lo sostenido por la doctrina señalada, la actividad de gobierno al ser una actividad discrecional quedaría exenta del control jurisdiccional, lo que significa que este tipo de actos no será recurrible ni reclamable ante las instancias jurisdiccionales y de control competente pues, en este ámbito la autoridad tiene un amplio margen de acción y de decisión. Esta es la tesis que sigue la doctrina y el derecho francés, aún cuando en la actualidad se ha ido reduciendo cada vez más el ámbito de los actos políticos que quedan exentos del control jurisdiccional, pues se ha entendido que no puede dejarse al margen del control a una serie tan variada de actos, de manera tal que ya sea que se trate de actos de gobierno o de administración estarán sujetos a control jurisdiccional.

Distinta es la situación en Chile, ya que en los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República se establece un control preventivo de legalidad a realizarse por la Contraloría General de la República.

La discrecionalidad, entonces, no debe entenderse como sinónimo de arbitrariedad pues si bien la autoridad en el ámbito del gobierno tiene mayor amplitud de decisión, está obligada igualmente a adoptar las decisiones correctas en miras de los objetivos del Estado, quedando limitada en su actuar por el respeto de los derechos individuales y por el principio de legalidad que le obliga a no exceder el ámbito de sus atribuciones y competencias y por la responsabilidad política que pueda derivar de las decisiones que adopte.

Realice ejercicio nº 1 al 3

CLASE 02

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Son diversos los conceptos que ha elaborado la doctrina a la hora de definir el Derecho Administrativo, poniendo el énfasis en aquel aspecto de esta rama del Derecho Público que consideran más relevante. La dificultad que importa coincidir en un concepto de Derecho Administrativo deriva entre otros factores de que se trata de una rama del derecho relativamente nueva cuyo objeto, por lo demás, resulta difícil de circunscribir atendida la multiplicidad de tareas y funciones que competen a la administración y por su estrecha relación con el Derecho Político que hace difícil establecer la frontera entre uno y el otro.



No obstante, con el propósito de dar una primera visión de lo que es y comprende el Derecho Administrativo, se citarán un conjunto de definiciones seleccionadas por el profesor Silva Cimma en su libro "Derecho Administrativo Chileno y Comparado" (Silva Cimma, ob. cit., tomo I, págs. 42 y 43):

Gastón Jezé: define el Derecho Administrativo como "el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos."

Fritz Fleiner señala que "Incumbe al Derecho Administrativo regular las relaciones jurídicas que se crean entre la Administración del Estado (u otra Corporación de Derecho Público encargada de llevar a cabo funciones de carácter administrativo) y sus súbditos (personas individuales y colectivas)."

Adolfo Posada lo concibe como "el orden jurídico de la actividad política, o del Estado, encaminada a procurar y hacer efectiva la buena disposición de las instituciones, mediante las cuales el Estado cumple sus fines."

Rafael Bielsa define el Derecho Administrativo como "el conjunto de normas positivas y de principios de Derecho Público, de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los Servicios Públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública.", y

Enrique Silva Cimma: sostiene que el "Derecho Administrativo es aquél que tiene por objeto la creación, organización, funcionamiento y supresión de los Servicios Públicos, la regulación de la actividad jurídica de la Administración del Estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes."

Concluyendo, para efectos de este estudio, se partirá del concepto de Derecho Administrativo elaborado por el profesor Silva Cimma – como el mismo autor señala, "con mero afán pedagógico" –, definición que pone el énfasis en el objeto del Derecho Administrativo.

2.1. Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración

Resulta ardua la discusión doctrinaria en torno al tema. Los autores que distinguen entre ambas disciplinas no se ponen de acuerdo en el contenido, alcance y vinculación entre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración.

Otra parte de la doctrina niega la existencia de esta última y hace referencia simplemente a un conjunto de aspectos y principios no jurídicos relativos a la administración que se abordan desde la perspectiva y con los métodos de otras ciencias. Entre los autores que aceptan la existencia de una Ciencia de la Administración, Sayagués Laso señala que ésta "responde a la interrogante de cómo debe estar organizada y cómo debe actuar la



Administración, mientras que el Derecho Administrativo se limita en el plano jurídico a estudiar cómo es y cómo actúa." (Sayagués Lazo, citado por Silva Cimma, ob. Cit., tomo I, pág. 47).

Autores, como Patricio Aylwin, agregan a las categorías anteriores el concepto de técnica de la administración, para referirse al conjunto de métodos y sistemas que tienen como objetivo lograr una administración mas ágil y eficiente, reservando el concepto de Ciencia de la Administración para aludir a la disciplina que estudia el origen, la naturaleza, las características de los fenómenos que se producen en la actividad administrativa, como disciplina de las Ciencias Sociales, es decir, de aquellas que estudian los fenómenos propios de las sociedades humanas. Para el autor, el derecho administrativo, en cambio, está conformado por el conjunto de doctrinas, principios y normas jurídicas a las que debe subordinarse la actividad administrativa.

Como se ha señalado, estas tres categorías están estrechamente vinculadas y no existen claras fronteras para delimitar su objeto y ámbito de acción. Lo que es claro es que ciencia, técnica y derecho administrativo conforman una trilogía inseparable que armónicamente coordinada permitirá lograr mayor eficiencia y eficacia en la Administración para la consecución de sus fines del bien público.

2.2. Características del Derecho Administrativo

Se pueden señalar las siguientes como principales características del Derecho Administrativo:

- El Derecho Administrativo es una rama relativamente nueva del Derecho Público y, formando parte de éste, rige a su respecto el axioma fundamental de que en este ámbito sólo se puede hacer aquello que la ley expresamente permite;
- Las normas jurídicas que integran el Derecho Administrativo no se encuentran codificadas o sistematizada en un cuerpo normativo único, sino dispersas en distintas leyes (en sentido amplio). La propia Constitución contiene normas de Derecho Administrativo y, además, manda al legislador para dictar las leyes que crean y regulan los servicios públicos y otros órganos de la administración, también forman parte del Derecho Administrativo las normas que emanan del Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Se analizará con mayor detención esta materia al tratar las fuentes del Derecho Administrativo.
- Las normas del derecho Administrativo son fundamentalmente solemnes y a menudo formales.
 - Estas formalidades tienen por objeto amparar a los administrados frente a la actividad de la Administración y evitar que esa actividad administrativa pueda tornarse arbitraria y causar daño ilegítimo a los derechos o al patrimonio de los administrados. Conducen fundamentalmente a evitar el desconocimiento del acto administrativo por parte de las personas a quienes afectan y a garantizarles que, en su oportunidad, puedan hacer valer sus derechos. La consagración legal de esta materia se encuentra en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880.
- Los plazos que se establecen en Derecho Administrativo son fatales para el ejercicio de derechos de los particulares, pero no para la Administración, sin perjuicio de que a



- esta última y a sus órganos pueda hacérsele efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento.
- Es un derecho de interpretación estricta ya que no admite la interpretación en virtud del principio de la analogía. Esta interpretación estricta es consecuencia de la propia naturaleza del derecho administrativo como normas de derecho público. Si se permitiera la analogía los derechos de los ciudadanos podrían verse transgredidos

2.3. Relación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional

Sin perjuicio de que el Derecho Administrativo se relaciona también con otras ramas del Derecho, como el Derecho Económico, el Derecho Financiero, el Derecho Procesal y, el Derecho Privado, materia esta última a la que ya se ha aludido, en alguna medida, al tratar el ámbito en que se desenvuelve la Administración, sin duda que interesa particularmente analizar la vinculación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, dada la permanente y estrecha vinculación que existe entre ambos ámbitos del Derecho.

El Derecho Constitucional es "aquella rama del Derecho Nacional Público cuyas normas tienen por objeto preferente organizar el Estado; determinar las atribuciones del Gobierno y garantizar el ejercicio de los derechos individuales." (Gabriel Amunátegui Jordán, citado por Verdugo, Pfeffer y Nogueira "Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1997, pág. 8).

Por su parte, el Derecho Administrativo se ocupa - en el concepto del profesor Silva Cimma- de la creación, organización, funcionamiento y supresión de los Servicios Públicos, la regulación de la actividad jurídica de la Administración del Estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes.

De los conceptos referidos queda clara la relación entre ambas ramas del Derecho Público. El Derecho Constitucional organiza el Estado, en sus instituciones fundamentales, consagra los principios y bases que constituyen el fundamento sobre el que se estructura la institucionalidad. En tal institucionalidad, en todo Estado de Derecho, se concibe un conjunto de funciones estatales que se radican preferentemente en órganos diversos, los tradicionales poderes del Estado, con el propósito, entre otros, de asegurar los derechos de los gobernados. Establecida la organización fundamental del Estado en los términos descritos, el Derecho Administrativo se ocupa de establecer las normas que regulan a la Administración Pública, es decir, al conjunto de órganos a través de los cuales se desarrollan las funciones ejecutivas del Estado, creando órganos o servicios, determinando sus facultades y atribuciones, dotándolos de las plantas de personal necesarias para el cumplimiento de sus fines, estableciendo las obligaciones y derechos de los agentes que se desempeñan en esas entidades y determinando las normas a las que deben ajustarse los particulares en su actuar frente a la Administración. De este modo, el Derecho Administrativo, nace o se origina en el Derecho Constitucional o Político.

La propia Constitución fija las bases y crea órganos que forman parte de la Administración y encomienda al legislador regularlos, materia esta última que cae en el campo del Derecho Administrativo. Así ocurre, por ejemplo, con los Ministerios, los



Gobiernos Regionales, los Municipios, entre otros. Por otra parte, muchos de los derechos y garantías que el constituyente asegura a todas las personas en el artículo 19, dan lugar a regulaciones administrativas, por ejemplo, en materia de ejercicio del derecho de reunión, en materia de expropiaciones e indemnizaciones expropiatorias a propósito de la protección del derecho de propiedad, en materia medioambiental en relación con el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, entre muchas otras.

Por otra parte, es también materia del Derecho Administrativo, la regulación de las atribuciones que la Constitución otorga al Presidente de la República en el artículo 32 y que se relacionan con su carácter de órgano superior de Administración e incluso en el ámbito de los actos de gobierno, desde que la forma de actuar del órgano ejecutivo es materia de Derecho Administrativo.

Realice ejercicio nº 4 al 6

CLASE 03

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el concepto de Derecho Administrativo adoptado para este estudio, se señala como objeto de esta rama del Derecho, *la regulación de la actividad jurídica de la Administración del Estado.* De allí la importancia de comprender qué se entiende por Administración Pública y por Administración del Estado.

El vocablo administrar etimológicamente proviene de las expresiones latinas "ad ministrare" y "ad manus traere" "que implican gestión de negocios, asuntos o intereses públicos, vale decir, que se refieren a toda la colectividad" (Silva Cimma, ob. Cit., tomo I, pág. 26).

3.1 Concepto orgánico y concepto funcional de administración pública

La noción de administración pública puede explicarse desde un punto de vista orgánico y desde un punto de vista funcional.

Desde un punto de vista orgánico, se denomina Administración Pública al conjunto de servicios e instituciones que integran el aparato estatal. La Administración Pública, desde esta perspectiva orgánica se denomina también por el legislador chileno Administración del Estado.

Desde un punto de vista funcional, se denomina administración pública a todos los actos que realiza el órgano ejecutivo y que tienen por objeto administrar el Estado y



satisfacer necesidades públicas. En este último sentido son actos de administración, por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, el otorgamiento de una pensión de gracia, la convocatoria a una licitación, la adjudicación de un subsidio habitacional, entre muchos otros.

En el ordenamiento jurídico chileno, *prima el criterio orgánico*. La Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Nº 18.575 (texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el DFL 1-19653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de fecha 17 de noviembre de 2001. En www.bcn.cl) que, como su nombre lo indica establece las Bases fundamentales de la Administración, si bien en el inciso primero de su artículo 1º utiliza la noción funcional, en el inciso segundo, así como en general en sus demás disposiciones, se refiere a la Administración en sentido orgánico:

"Artículo 1º.- 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."

3.2 Los ámbitos en que se desenvuelve la Administración (en sentido orgánico)

Se acostumbra a distinguir dos grandes ámbitos del Derecho: el *Derecho Público y el Derecho Privado.*

El Derecho Público comprende el conjunto de normas jurídicas que determinan la organización del Estado, la organización y funciones de los servicios de que éste se vale para el cumplimiento de sus fines y la relación entre los particulares y el Estado cuando este último actúa como poder.

El Derecho Privado está constituido por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares y entre éstos y el Estado o sus organismos cuando éste actúa como sujeto de Derecho Privado y no como poder.

De los conceptos anteriores es posible visualizar que el Estado y sus organismos no siempre actúan como poder frente a los demás sujetos de derecho.

En efecto, el Estado y sus órganos pueden actuar como poder, en miras de intereses colectivos o públicos y, en tal situación se relacionan con los individuos en una relación desigual, de mando-obediencia, de gobernante-gobernado. Tal ocurre en el caso de los actos políticos o en los actos administrativos de autoridad, es decir, cuando los órganos del Estado actúan en ejercicio de las potestades y atribuciones que la Constitución o las leyes le han conferido como Poder Público.



Cuando el Estado y sus órganos actúan como poder, actúan en el ámbito del Derecho Público y sus actos quedan regidos por éste. Para resguardar los derechos de los individuos frente al poder del Estado, en materia de derecho público el principio fundamental es que sólo puede hacerse aquello que la ley expresamente autoriza. Este axioma fundamental del derecho público, en el ordenamiento constitucional chileno se manifiesta en el principio de legalidad, al establecer el constituyente en el inciso segundo del artículo 7º que ""Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes."

Pero también el Estado, para el cumplimiento de sus fines, debe intervenir en la actividad privada, por ejemplo, comprando bienes, poniendo en el mercado lo que sus empresas producen, etc. En este caso, el Estado y sus órganos actúan en el ámbito del Derecho Privado y, cuando lo hacen, no actúan como poder público, sino como cualquier otro sujeto de derecho, es decir, en igualdad de condiciones con los particulares y bajo el principio de autonomía de la voluntad que rige el ámbito del derecho privado. En este ámbito del derecho, el principio fundamental es el opuesto al antes referido para el derecho público. En suma, en el ámbito del Derecho Privado puede hacerse todo lo que las partes acuerden, salvo aquello que esté prohibido por la ley.

Es importante visualizar que los órganos de la Administración, no siempre actúan en ejercicio de la autoridad, como poder público, sino también, cuando la ley así los autoriza pueden actuar en el ámbito del derecho privado, en igualdad de condiciones con los particulares y sometidos a las normas comunes que regulan a éstos.

3.3 Las potestades administrativas

El profesor Silva Cimma define las potestades administrativas como "El conjunto de poderes jurídicos de que está dotado el Jerarca o la Administración para que pueda actuar o cumplir sus cometidos." (Silva Cimma, ob. cit., tomo I, pág. 31).

En los casos en que la Administración Pública aparece como una estructura piramidal encabezada por el Presidente de la República (o jerarca en los términos de la definición citada) quien reúne en sí la totalidad de las potestades administrativas, mientras que las demás autoridades están dotadas de distintos niveles de facultades según su ubicación en la escala jerárquica y siempre sujetos a la fiscalización de la autoridad superior, hablamos de administración centralizada. Por otro lado hablamos de Administración descentralizada, cuando los distintos órganos y autoridades están dotadas por ley de facultades de manera que no existe una estructura jerarquizada sino un conjunto de autoridades o jerarcas dotados de facultades propias y sujetas sólo a la supervigilancia del poder central (Presidente de la República).



En este punto es menester hacer presente que en Chile, coexisten ambos sistemas. El artículo 3º de la Constitución después de referirse a la forma unitaria de Estado que tiene Chile, establece que "La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley." Cuando la citada disposición se refiere a la desconcentración, reconoce que en nuestro país existen órganos centralizados que podrán desconcentrarse ya sea territorial o funcionalmente, por ejemplo los ministerios, las direcciones nacionales de servicios como la Dirección de Arquitectura, de Obras Hidráulicas y de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. A su vez, son descentralizados la Administración de los gobiernos regionales y las municipalidades

Volviendo con la definición de Silva Cimma, se ha señalado que los órganos de la Administración pueden estar dotados de un "conjunto de poderes jurídicos" para actuar o cumplir sus cometidos. La doctrina distingue las siguientes potestades administrativas (la enumeración no es taxativa): ejecutiva, de mando, disciplinaria, reglamentaria, discrecional y jurisdiccional

En Chile, el Presidente de la República, en quien la Constitución en el artículo 24 radica el gobierno y la administración del Estado está dotado de la totalidad de las potestades tanto respecto de sus subordinados (ministros, jefes de servicios, etc.) como de los administrados.

Como ya se dijo, constituyen potestades administrativas, entre otras, las siguientes:

- a) Potestad Ejecutiva: es la facultad de que está dotada la autoridad administrativa para ejecutar una ley o norma jurídica. Por ejemplo, la ejerce el Presidente cuando dicta un decreto en cumplimiento de una ley vigente.
- b) Potestad de mando: consiste en el poder del que está dotada la autoridad superior de dar órdenes o instrucciones a sus subalternos, siempre dentro del marco del principio de legalidad, es decir, en el ámbito de sus atribuciones y competencias y ajustado a la Constitución y las leyes.

En el sistema administrativo chileno, el funcionario tiene la obligación de cumplir la orden o instrucción de su superior jerárquico, salvo que considere ilegal esa orden, en cuyo caso tiene el derecho de representarla. Representada la orden ilegal, si ésta le es reiterada por escrito, el funcionario debe cumplirla, no obstante se exime de responsabilidad por ello. En suma, el sistema chileno sigue lo que en doctrina se denomina el principio de obediencia reflexiva.

c) Potestad disciplinaria: es la facultad de que está dotado el superior jerárquico para aplicar sanciones a sus subordinados en caso de que éste no obedezca sus instrucciones, proceda con infracción de normas legales o de sus obligaciones funcionarias, desde luego, dentro del ámbito de sus atribuciones.



d) Potestad reglamentaria: se define como la facultad de dictar normas generales, en materias que no hayan sido reservadas por el constituyente a la ley, sea precisamente para aplicar la ley o para administrar el Estado.

El Presidente de la República está dotado de potestad reglamentaria por expresa disposición de la Constitución. En efecto, el artículo 32 nº 6 señala como atribución especial del Presidente la de "Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes." También están dotados de esta potestad los jefes de servicios autónomos o descentralizados, tales como las municipalidades o las empresas del Estado.

- e) Potestad discrecional: "es la materialización de los atributos que se otorgan a un órgano administrador a fin de dictar normas y prescripciones de contenido libre y lato dentro de un margen más o menos amplio, sean generales o no, con vistas a actuar oportuna o convenientemente, pero debiendo, en todo caso, enmarcar su acción dentro del marco de la ley." (Silva Cimma, ob. cit, tomo I, pág. 33). Ejemplo de la potestad discrecional es la que ejerce el Presidente de la República cuando declara un estado de excepción constitucional. En este caso, el Presidente evaluará la concurrencia de los requisitos que la Constitución establece para su declaración y, además, la conveniencia y consecuencias políticas de su declaración, estando dentro de sus atribuciones el declararlo o no.
- f) Potestad jurisdiccional: es la potestad de que están dotados ciertos órganos para resolver conflictos que se planteen entre los particulares y la Administración, especialmente cuando una persona considera que esta última le ha afectado procediendo en forma arbitraria. La potestad jurisdiccional puede estar entregada a los tribunales ordinarios de justicia, a tribunales administrativos o a otros órganos de la administración en materias específicas, como ocurre en Chile con los Tribunales de Aduanas o los Tribunales de Cuentas.

Realice ejercicio nº 7 al 9

CLASE 04

4. EI PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se ha estudiado anteriormente que el principio de legalidad es uno de los pilares del Estado de Derecho y está establecido en la Constitución como base fundamental de la institucionalidad chilena.



Este principio implica la subordinación de la administración pública a la ley. Ese es el resultado de una interpretación restrictiva del término principio de la legalidad, entendida la ley como la expresión de la voluntad del país o popular plasmada en el parlamento. En un amplio sentido este principio requiere la sumisión de los elementos del Estado al Derecho entendido en su general amplitud, en ese sentido, implica la sumisión integral de los órganos del Estado al Derecho, tanto en su ser como en su actuar.

En el ámbito del Derecho Administrativo, se manifiesta y aparece reconocido y garantizado en los distintos ordenamientos jurídicos a través de un conjunto de principios que dan forma a lo que se denomina la "*legalidad administrativa*", que también recoge la legislación positiva chilena.

4.1 Los principios de la "*legalidad administrativa*" y su manifestación en el derecho administrativo chileno

Constituyen manifestaciones y garantías de la vigencia del principio de legalidad en el ámbito administrativo, las siguientes:

a) El Principio de Legalidad de las Competencias:

Se traduce en que ninguna autoridad administrativa puede actuar más allá de las competencias que la ley le asigna, en virtud de la especialidad de las funciones de los distintos órganos.

Este principio se recoge en las siguientes disposiciones:

El artículo 6º de la Constitución prescribe que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...". Por su parte el artículo 7º desarrolla el principio de legalidad al señalar que "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley."

El inciso segundo del artículo 7º agrega que "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes."

Finalmente, el inciso tercero dispone que "todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

El artículo 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone que "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo



abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes."

Además del principio fundamental del Estado de Derecho de acuerdo con el cual el ejercicio del poder debe sujetarse a la Constitución y a las leyes, la legalidad de las competencias tiene, en el ámbito administrativo, un fundamento práctico, esto es, evitar los conflictos y contiendas de competencia entre los órganos de la Administración, puesto que, por aplicación de el, es la ley, o la propia Constitución, la que determina la esfera de competencias así como las atribuciones de cada servicio u órgano de la Administración.

Este principio debe relacionarse con la obligación de actuar de la administración cuando la ley le impone el deber de hacerlo, principio que deriva de la concepción de la administración como un medio para lograr el bienestar general. En consecuencia, frente al legítimo requerimiento del administrado en la órbita de sus competencias y atribuciones, salvo en el caso de que se trate de potestades discrecionales (facultativas) el órgano de la administración se encuentra obligado a actuar. De lo contrario incurre en una "falta de servicio" y se hace responsable de los daños que con ello cause. No obstante, no se le permite actuar de cualquier manera, sino que, lo hará en la forma que la ley prescribe.

b) El principio de responsabilidad del funcionario público por el acto ilegítimo

Si el funcionario público infringe una norma legal en el ejercicio de su función pública, incurre en responsabilidad administrativa, la que debe hacerse efectiva independientemente de la responsabilidad civil (por los daños que cause) y penal, si el acto infractor además constituye un delito, es decir, es descrito y sancionado por la legislación penal.

Este principio se encuentra consagrado en los artículos 18 y 61 y siguientes de la Ley de Bases y artículo 120 y siguientes de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, hoy 119 y siguientes del DFL N° 29, de 2004.

A continuación se explicará lo precedentemente expuesto a través de un ejemplo.

Ejemplo

Si una persona, que no es funcionario público falsifica una factura y la utiliza para obtener beneficios pecuniarios (un pago) y con ello además causa daños a un tercero (el que pagó la factura falsa o la persona cuyo nombre utilizó en la operación), tendrá responsabilidad penal por el delito que, en tal caso y atendidas las circunstancias, se configure, por lo que deberá cumplir la pena que en definitiva se le imponga. Además deberá responder (pagar) los daños causados al patrimonio de las personas afectadas por su actuar. Si la persona que falsificó y utilizó la factura es funcionario público y lo hizo en el ámbito de sus funciones, además, será objeto de un sumario administrativo para determinar su responsabilidad administrativa y establecida ésta se hará acreedor a las sanciones específicas que el derecho administrativo establece atendida la gravedad de la infracción, las que pueden llegar hasta la destitución.



c) Las nulidades de derecho público

Establece el artículo 7º inciso final que "todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

No basta para el imperio del derecho que ante un acto administrativo que contravenga la ley se establezcan responsabilidades y se sancione a quienes han incurrido en él, si el acto sigue teniendo, no obstante ello, validez y vigencia. La nulidad de derecho público es la institución que permite que, cuando se afecta el principio de legalidad, además de los efectos anteriores, el acto mismo caiga, deje de tener validez y vigencia para que no produzcan sus efectos.

d) La acción popular

Constituye una garantía del principio de legalidad y consiste en "la facultad o derecho que se confiere a cualquiera persona para reclamar en contra de un acto ilegítimo, sea que afecte o no al patrimonio del reclamante." (Silva Cimma, ob. cit., tomo I, págs. 35-36)

Es una manifestación específica en el Derecho Administrativo del derecho de petición consagrado en el artículo 19 nº 14 de la Constitución y genera una forma de colaboración de los particulares con la buena marcha de la Administración. Técnicamente la acción popular constituye un mecanismo de control del actuar de la Administración, por cuanto los propios ciudadanos pueden fiscalizar la forma en que está actuando la administración y evidenciar actos ilegítimos en que incurra.

El Derecho, recoge este principio como institución administrativa, la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.880. Además existen aplicaciones específicas de él en otros cuerpos legales como, por ejemplo, la acción popular de denuncia que se otorga en el D.L. N° 799 sobre uso de vehículos estatales.

e) La reclamación contenciosa administrativa

Consiste en la acción que se otorga a los particulares para reclamar de la ilegalidad de un acto proveniente de un agente o funcionario público, ante un órgano jurisdiccional (tribunal). Dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, la resolución del asunto quedará entregada a tribunales especiales o administrativos o a los tribunales ordinarios de justicia.

La acción ejercida por el particular pude perseguir dos objetivos:

- Que se declare la nulidad de un acto administrativo, o



- Que se reconozca el derecho del particular a ser indemnizado por los perjuicios que se le han causado en su patrimonio con el acto ilegal.

Este principio está consagrado en el Derecho chileno en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, el que establece que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño."

Aún cuando se estudiará con mayor detención esta materia mas adelante, cabe señalar que lo contencioso administrativo, en el sistema jurídico chileno, está entregado a los Tribunales ordinarios de justicia, por cuanto con la reforma constitucional de 1989 se eliminó en el texto de la Carta de 1980 la posibilidad de crear Tribunales Administrativos, institución que, su antecesora, la Constitución de 1925 contempló, pero habiendo encomendado al legislador su creación éstos nunca se materializaron, quedando la disposición constitucional como mera norma programática (sin aplicación).

4.2 Las Pretendidas Limitaciones al Principio de Legalidad

Parte de la doctrina ha pretendido ver ciertas limitaciones al principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo, en las instituciones, criterios y principios que se analizarán posteriormente. Este criterio no es compartido por el ex Contralor de la República, ex Senador de la República y destacado autor nacional don Enrique Silva Cimma y, desde luego, se compartirá su postura al respecto.

a) La discrecionalidad administrativa

Existe un ámbito de acción, en el que se otorga al órgano administrativo mayor libertad para adoptar decisiones sobre la base de los criterios de conveniencia y de oportunidad, es decir, para actuar en forma discrecional. Se sostiene que tal discrecionalidad administrativa constituye un límite al principio de legalidad pues, en ese ámbito, la autoridad administrativa no estaría sujeta o circunscrita a normas jurídicas positivas.

En contrario, sostiene el autor citado que la discrecionalidad administrativa no es un límite al principio de legalidad toda vez que ésta tiene su origen en la ley de manera que se trata de una facultad o atribución jurídica y, como tal, no puede dar lugar a un actuar de la autoridad contraria al ordenamiento jurídico vigente sin que con ello se transgreda el principio de legalidad. Reafirma su postura el profesor Silva Cimma señalando que si la discrecionalidad constituyera un límite al principio de legalidad, los actos de autoridad discrecionales no podrían ser recurridos ante Tribunales, ya sea contenciosos administrativos en los casos en que estos existen, o Tribunales ordinarios en el caso de nuestro país.

Por tanto, el ejercicio de las potestades discrecionales, desde luego tendrá como primera limitación el salvaguardar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, deber derivado de lo dispuesto el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución. Además, la propia



autoridad puede autolimitar el ejercicio de determinadas potestades discrecionales, como ha ocurrido, por ejemplo, con las atribuciones del Presidente de la República para otorgar indultos particulares, que ha sido objeto de regulación a través de un reglamento del Ejecutivo (Decreto Nº 1542 de 7 de enero de 1982 y sus modificaciones).

b) El estado de necesidad

El estado de necesidad "supone una colisión o conflicto entre los derechos de dos o más personas, que exige el sacrificio de uno de ellos en beneficio del otro que se considera más importante." (Silva Cimma, ob. cit., tomo I, pág. 41). En materia administrativa (de derecho público) esta colisión se plantea entre intereses públicos y privados, en donde debe primar el primero.

Pero ¿esto autoriza al órgano administrativo para proceder al margen de la legislación vigente?

En países como Francia e Italia se ha desarrollado la teoría de que en ciertas circunstancias muy excepcionales los organismos estatales pueden actuar al margen de la ley (teoría de las circunstancias excepcionales en Francia; ordenanzas de urgencia en el derecho italiano). En Chile, en cambio, estas circunstancias especialísimas han servido de causa a la dictación de cuerpos normativos que autorizan a la autoridad a proceder de forma distinta a la prevista en la legislación general, por lo que no puede sostenerse que tales circunstancias especiales autoricen directamente al órgano a actuar en contra o al margen de la norma.

c) Los actos políticos

Se denomina acto político a aquel que materializa una decisión ejecutiva de gobierno, de conducción política.

Si se considera que las decisiones del Presidente de la República, tanto en sus funciones de gobierno como de administración se manifiestan mediante los Decretos Supremos que dicta en ejercicio de su potestad reglamentaria, en lo formal la expresión de un acto de gobierno no difiere de la de un acto administrativo.

Ahora bien, los Decretos Supremos (independiente de su contenido o materia) están sujetos al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, trámite que técnicamente es un control previo de legalidad del acto. Por otra parte, ni el constituyente ni el legislador distinguen entre actos administrativos y actos políticos al otorgar acción a quienes se vean afectados por un acto arbitrario de la administración para recurrir a los Tribunales de Justicia (art. 38 inciso segundo).

d) El poder de policía



Se entiende el poder de policía como una actividad del Estado que tiende a mantener el equilibrio y la compatibilidad entre los derechos individuales y el bien común. En tal sentido el poder de policía está constituido por dos elementos: (i) una actividad regulatoria específica y (ii) una función policial por parte del Estado mediante la cual ejerce potestades de control o sanción, según el caso.

Así, por ejemplo, en virtud del poder de policía del Estado, el ejercicio de ciertos derechos individuales puede limitarse en miras de la moral, el orden público o la seguridad del Estado o, por ejemplo, en el ámbito económico pueden establecerse limitaciones a la libertad empresarial en miras del interés general. Por otro lado, corresponde al propio Estado controlar que tales limitaciones se respeten y/o sancionar a quienes las infringen.

No se requiere mayor explicación para señalar que el poder que ejerce las potestades de policía está sujeto al derecho y si su actuar es arbitrario podrá recurrirse a los Tribunales para reclamar de este acto de la administración.

En suma y a modo de conclusión, puede señalarse que toda la actividad del Estado y, por ende, de la Administración está sujeta al principio de legalidad, aún en los ámbitos en que la actividad de la autoridad no está expresa y minuciosamente descrita por la ley. En cuanto al alcance del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución es amplio: quien se vea afectado por un acto ilegal de la administración puede recurrir a los tribunales de justicia, cualquiera sea la naturaleza del acto administrativo pues, en el ordenamiento jurídico chileno, ni el constituyente ni el legislador han establecido límites al respecto.

Por otro lado, la mejor garantía de la vigencia del principio de legalidad está constituida por el control, sea que se trate de control jerárquico, control preventivo de legalidad ejercido por órganos dotados de autonomía, como ocurre en Chile con la Contraloría General de la República, facultades fiscalizadoras de los actos de gobierno ejercido por el poder Legislativo y control jurisdiccional. No obstante, en esta materia, los sistemas chilenos de control aún tienen mucho por avanzar.

4.3. Garantías de vigencia del principio de legalidad en el ámbito administrativo

Diversos mecanismos de control consagrados en el ordenamiento jurídico chileno permiten velar por la vigencia del principio de legalidad. Así:

- El propio constituyente ha radicado en la Contraloría General de la República el control de legalidad de los actos de la administración, de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría(Art.98 y 99 de la Constitución)
- El recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Carta Fundamental permite a quien ha sido afectado en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental por un acto u omisión arbitrario o ilegal de la administración, recurrir ante los tribunales de Justicia a objeto de que cese la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del catálogo de derechos que el mismo precepto enumera



- El artículo 6º establece la nulidad de los actos que contravengan el principio de legalidad, además de que ello originará las responsabilidades y sanciones que la ley determine
- La ley de Bases Generales de la Administración del Estado y el Estatuto Administrativo establecen la responsabilidad del funcionario que actúa en contravención a la ley y los mecanismos para hacerla efectiva
- También los particulares pueden recurrir ante la justicia ordinaria con el objeto de que se declare la nulidad de un acto administrativo ejecutado en contravención a las normas legales o a objeto de ser indemnizado por los daños patrimoniales que le ha ocasionado la actuación ilegal de un funcionario o autoridad.

No obstante los diversos mecanismos de control existentes para velar por el principio de legalidad, la falta de tribunales especializados en materia administrativa (tribunales administrativos), la inexistencia de instituciones como el defensor del ciudadano también denominado ombudsman por la doctrina, que existe prácticamente en todos los países americanos y europeos y que, con distintas variantes, se encarga de defender los derechos y proteger a los ciudadanos ante la Administración, recibir sus quejas sobre el actuar de ésta e, incluso, en algunos casos, de fiscalizar el actuar de los distintos órganos que la integran, la restringida aplicación de la acción popular sólo en materias específicas y la postergada modernización de Contraloría para dotarla de mayores atribuciones y recursos para realizar sus funciones fiscalizadoras y de control, constituyen debilidades del ordenamiento jurídico chileno para la plena e irrestricta vigencia del principio de legalidad.

Realice ejercicio nº 10 al 12

5. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La expresión fuentes del derecho tiene varias acepciones. Se utiliza para referirse al órgano o medio productor de normas derecho positivo, al principio o norma en que se fundamenta la validez de otras normas jurídicas y a las formas en que se manifiesta el Derecho (texto legal, sentencia, etc.). En este último sentido, que es el que ahora interesa, el profesor Hernán Molina define las fuentes del derecho como "las formas o modos mediante los cuales se produce y se transforma el Derecho." (Molina Guaita, Hernán, "Derecho Constitucional", Vicerrectoría Académica Dirección de Docencia, Proyectos de Desarrollo de la Docencia; Universidad de Concepción, Cuarta Edición, año 1998, pág. 6).

En materia de Derecho Administrativo se plantea la discusión doctrinaria respecto de si sus fuentes, entendidas como forma de manifestación del derecho, son las mismas que las del Derecho Público del que forma parte. Mientras una parte de la doctrina sostiene que las fuentes del derecho administrativo son las mismas que las del derecho público del cual forma parte, otros autores afirman que el Derecho Administrativo tiene fuentes especiales. En una postura ecléctica, Fleiner considera que "los principios de Derecho Administrativo proceden de las mismas fuentes que las demás normas jurídicas, por lo que un estudio de las Fuentes del Derecho Administrativo consistirá simplemente en deducir, de las reglas generales de las



Fuentes del Derecho, aquellas que tengan importancia especial en el Derecho Administrativo". (Fleiner, citado por Silva Cimma, ob. cit., tomo I, págs. 69-70).

El destacado autor argentino Rafael Bielsa no define lo que debe entenderse por Fuentes del Derecho Administrativo, sino que se limita a afirmar que "éste, al igual que cualquiera otra rama del Derecho, tiene sus fuentes, o sea, los modos o formas por los cuales se establecen las normas jurídicas que lo constituyen. Esos modos o formas pueden reducirse a dos: el reconocimiento en conciencia del Derecho, o sea la costumbre y la expresión formal de la regla jurídica, es decir, la ley". (Bielsa, citado por Silva Cimma, ob. cit., tomo I, pág. 70).

5.1. Clasificación de las Fuentes del Derecho Administrativo

Tradicionalmente, la doctrina clasifica las fuentes formales del Derecho en:

a) Fuentes Directas o Inmediatas

También llamadas fuentes escritas o positivas, son aquellas formas en que se expresa el Derecho Positivo (Constitución, ley, decretos, etc.)

Son fuentes directas del Derecho Administrativo:

- La Constitución Política del Estado.
- La Lev
- Los Decretos Leves
- Los Decretos con Fuerza de Ley
- El Reglamento Administrativo
- El Decreto Supremo
- Las Ordenanzas
- Las instrucciones.

Algunas de estas fuentes, como el Reglamento Administrativo y las ordenanzas son privativas del Derecho Administrativo, es decir, sólo las encontramos en el Derecho Administrativo y no en otras ramas del Derecho. Dicho de otra forma, sólo las normas del Derecho Administrativo se expresan o manifiestan en la forma de reglamentos administrativos u ordenanzas.

b) Fuentes Indirectas o Mediatas

También se denominan fuentes racionales o no escritas. Son aquellas que no constituyen normas jurídicas positivas, pero influyen en la creación o interpretación del derecho. En las fuentes indirectas se va manifestando la forma en que la norma y las instituciones operan, las críticas, las precisiones que se requieren y sirven de antecedente o fuente al trabajo del legislador y del operador jurídico (que aplica la norma).



Constituyen fuentes indirectas del Derecho Administrativo:

- La costumbre
- La Jurisprudencia
- La doctrina científica

5.1.1. Estudio de las Fuentes Directas del Derecho Administrativo

A continuación, se estudiarán cada una de las fuentes directas del derecho administrativo.

La Constitución Política del Estado

En Chile constituye la fuente positiva más importante del Derecho Administrativo, por cuanto a través de su articulado establece las bases de la institucionalidad que obligan a la Administración y rigen los actos que de ella emanan, fija las normas fundamentales en materia de relación del Estado con los gobernados, determina la organización fundamental del Estado y crea los diversos órganos de la Administración, asignándoles atribuciones y funciones y estableciendo las bases de su organización y funcionamiento.

Como la Constitución no regula exhaustivamente las instituciones, sino que establece las bases, principios y fundamentos para el resto del ordenamiento jurídico, algunas de sus normas pueden no transformarse inmediatamente en normas imperativas y con plena vigencia en el ordenamiento jurídico. De ahí que la doctrina afirme que existen algunas normas constitucionales que representan fuentes en potencia de un Derecho Administrativo en evolución y que aún no ha alcanzado su máximo desarrollo. Este criterio sirve de fundamento para subclasificar las fuentes constitucionales en fuentes realizadas y no realizadas.

Sin embargo, no se atenderá a esta última subclasificación para analizar el conjunto de normas de la Carta Fundamental que constituyen fuente del Derecho Administrativo. Éstas se encuentran en diversos Capítulos de la Constitución y pueden agruparse en atención a su objeto como se estudia a continuación.

a) Normas que establecen las bases de las relaciones del Estado con los particulares:

Dos principios fundamentales deben orientar, en esta materia al Derecho Administrativo:

Desde luego, los valores y principios contenidos en el artículo 1º de la Carta Fundamental, en especial en cuanto establece que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad



nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."

Por otro lado la Constitución consagra como deber de los órganos del Estado el de respetar y promover los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. (art. 5º inciso segundo).

En este marco constituyen fuentes del Derecho Administrativo en materia de relación entre el Estado y los particulares algunos de los derechos individuales y garantías consagrados en el artículo 19:

El artículo 19 nº 12, que garantiza a todas las personas la libertad de opinión y de información, constituye fuente, en cuanto queda dentro del ámbito del Derecho Administrativo la reglamentación de esta garantía de manera que su ejercicio se conjugue con la mantención del orden establecido.

Son también fuentes, los números 13 y 15 del artículo 19, que se refieren al derecho de reunión sin permiso previo, y sin armas, en las calles, plazas y demás lugares de uso público; y al derecho de asociarse sin permiso previo, pero siempre en conformidad a la ley, respectivamente. Ambas garantías son reguladas por el Derecho Administrativo, particularmente a través de las facultades de policía que se confieren a la autoridad administrativa. Así, por ejemplo, el derecho administrativo determina la autoridad llamada a autorizar reuniones en lugares públicos y los procedimientos para solicitar y obtener tal autorización.

Constituyen también fuentes del Derecho Administrativo los números 10 y 11 del artículo 19 que consagran respectivamente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Es importante recordar que el Estado debe financiar un sistema gratuito de educación básica y media que y asegurar el acceso a ellas de toda la población y debe promover la educación parvularia. Debe, además, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Por otra parte, la Constitución, en el 19 Nº 11, le encomienda a una ley orgánica constitucional establecer los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalar las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley debe, además, establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.

Corresponde también al Derecho Administrativo preocuparse de la garantía constitucional de libre admisión a todos los empleos y funciones públicos, sin otros requisitos o condiciones que las que impongan las leyes (artículo 19 Nº 17). Es la legislación administrativa la que desarrolla esta garantía de igualdad, a través de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, el Estatuto Administrativo y el Estatuto de los Funcionarios Municipales que establecen los requisitos y condiciones que deben cumplir las personas para optar a cargos y empleos de la Administración.



La igual repartición de los tributos y demás cargas públicas que se garantizan en el artículo 19 N° 20, son también fuentes del Derecho Administrativo, por cuanto deben materializarse a través de las normas que forman parte de éste y que deben realizar la justicia tributaria en los términos previstos por la Constitución. Por lo demás, ello da origen a dos importantes órganos de la Administración, el Servicio de Impuestos Internos, al que corresponde determinar el monto de los tributos que, conforme a la ley, deben pagar los contribuyentes y la Tesorería General de la República, a la que corresponde recaudar los fondos y efectuar pagos.

La libertad para adquirir el dominio (19 Nº 23) y la garantía del derecho de propiedad (19 Nº 24) dan origen a una vasta normativa que forma parte del Derecho Administrativo. Así, corresponde a ésta establecer y regular el régimen de los bienes nacionales de uso público, el régimen de bienes del Estado, las limitaciones al dominio derivadas de la función social de la propiedad, la expropiación por causa de utilidad pública, las servidumbres administrativas, entre otras materias. Por lo demás, diversos órganos de la administración desarrollan funciones en estas materias, tales como el Ministerio de Obras Públicas y sus servicios dependientes y el Ministerio de Bienes Nacionales.

b) Normas que establecen las bases de la organización de la Administración del Estado y la estructura de sus órganos fundamentales

Respecto de las bases de la administración del Estado, encontramos el artículo 3º de la Constitución chilena, que además de dar al Estado su forma unitaria, establece que la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso e impone el deber a los órganos del Estado de promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

En el mismo sentido, el artículo 110 de la Carta Fundamental establece la división territorial del Estado para los efectos del gobierno y la administración del mismo: el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas y encomienda a la ley la creación, supresión, etc. las regiones, provincias y comunas, materia esta última que, si bien puede estimarse que corresponde a una función política, en cuanto a su concreción es materia de derecho administrativo. En efecto, la decisión y la iniciativa para crear o suprimir regiones, provincias o comunas, de modificar sus límites, etc. constituye una decisión de carácter político, dentro del marco de las potestades discrecionales del Presidente de la República. No obstante, su implementación se traducirá en una ley (es materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente) que constituirá fuente directa de derecho administrativo, puesto que ello involucra la creación, supresión o modificación de órganos, personal, etc. de la Administración.

.



El artículo 24 de la Constitución, con que se inicia el Capítulo IV radica en el Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado. De este modo, se establece la jerarquía administrativa y, por ende, la subordinación de los distintos servicios de que el Estado se vale para el cumplimiento de sus fines a la autoridad del Primer Mandatario, quien se constituye así en el supremo administrador.

Otra importante fuente del derecho administrativo es el inciso primero del artículo 38, que establece lo siguiente: "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 perfeccionamiento de sus integrantes".

En cumplimiento a este mandato se dictó la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto definitivo fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653 de 2000.

En cuanto a la estructura de los órganos fundamentales de la administración, la propia Constitución crea órganos que forman parte de la Administración y que el derecho administrativo se ocupa de regular y, en tal sentido constituyen fuente del derecho administrativo los siguientes artículos, entre otros:

Artículos 33 y siguientes, que crea los Ministros de Estado y los Ministerios otorgándoles su rol fundamental de colaboradores del Presidente de la República en su gestión administrativa. Esta fuente del Derecho Administrativo está reiterada en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y reglamentada en la Ley Orgánica de Ministerios, que detalla las atribuciones y obligaciones de cada Secretaría de Estado.

Los artículos 98 y 99 de la Constitución crean la Contraloría General de la República, organismo autónomo cuyo objetivo es la práctica del control de legalidad de los actos de poder de la administración tanto de los actos jurídicos como contables.

El artículo 111 de la Carta Fundamental crea la figura del intendente, además de establecer en los artículos siguientes las normas fundamentales que rigen a los Intendentes como órganos superiores de gobierno en la región y a los gobiernos regionales como órganos de administración;

En el artículo 114 de la Constitución origina las secretarías regionales ministeriales y las direcciones regionales de servicios en que se desconcentrarán los ministerios;

El artículo 116 de la Constitución crea y establece las normas fundamentales de las Gobernaciones como órganos de gobierno y administración en la provincia, y

Del artículo 118 de la Constitución nace la Municipalidad como entidad autónoma de administración de la comuna, constituida por el Alcalde y el Concejo, y cuya organización y



regulación encomienda el constituyente a una ley orgánica constitucional sobre la base de las normas contenidas en las disposiciones siguientes del su texto.

Por último, la organización del Poder Judicial también tiene su fuente en los artículos 76 y siguientes de la Carta Fundamental. Es importante recordar que, aún cuando se trata del órgano estatal en que se radica preferentemente la función jurisdiccional, también ejerce funciones administrativas, especialmente en lo que se refiere al nombramiento de funcionarios y materias relativas al funcionamiento de los tribunales.

c) Normas sobre la actividad jurídica de la administración

Constituyen también fuente del derecho administrativo el artículo 32 Nº 3 y Nº 6 de la Constitución, que confieren al Presidente de la República las atribuciones especiales de "dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución"; y de "ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;" materializándose así, las atribuciones del Presidente de la República para administrar el Estado tanto en lo discrecional como en lo reglado.

d) Normas que se refieren a la vinculación del Estado con sus agentes

Son fuentes del derecho administrativo además todas aquellas normas relacionadas con nombramiento, remoción de funcionarios, tanto civiles como militares; con la concesión de jubilaciones, montepíos y retiros entre otros.-

El articulo 32 números 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 16 de la Constitución establece un catálogo de disposiciones que se refieren a la vinculación Estado- agentes, y que corresponde ejecutar al Presidente de la República, a saber:

- Nombrar y remover su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores;
- Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales;
- Nombrar al Contralor General de la República con acuerdo del Senado;
- Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley;
- Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones a proposición de la Corte Suprema;
- Nombrar a los jueces letrados, a proposición de la Corte de Apelaciones respectiva;
- Nombrar a los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponde designar;
- Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de la Corte Suprema y al Fiscal Nacional, a proposición de dicha Corte y con acuerdo del Senado.



- Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y
- Disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105.

Señala la Constitución que la remoción de los funcionarios que no sean de exclusiva confianza del Presidente de la República, se hará de acuerdo a las disposiciones de la ley. Las leyes que regulan estas materias forman parte también del derecho administrativo;

También es atribución del Presidente, en esta materia, conforme al número 11 conceder jubilaciones y retiros, además de otorgar montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes;

Realice ejercicio nº 13 al 14

CLASE 06

5.1.2. LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se denomina ley, en su sentido más amplio, a la norma jurídica obligatoria, establecida por la autoridad y sancionada por la fuerza, en la forma prevista por la Constitución. El Código Civil chileno la define en su artículo 1º como "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite."

Se señalan como principales características de la ley su generalidad, obligatoriedad e imperio.

La *generalidad* significa que la ley debe ser aplicable a todas las personas o un grupo considerable de ellas y no regular casos particulares. La *obligatoriedad*, consiste en que la ley debe ser obedecida y respetada por todos y, *el imperio*, es la fuerza especial de que está dotada la ley que permite que, de no ser acatada voluntariamente, pueda imponerse por la fuerza su cumplimiento. Las leyes, además, debe responder a las necesidades de la sociedad en que imperan y tener caracteres de permanencia, es decir, dar respuesta a una situación o necesidad por un periodo indefinido de tiempo.

Es menester señalar y recalcar la importancia que tiene la Ley como fuente del derecho administrativo, que la sitúa por sobre las demás fuentes del derecho, salvo la Constitución.

 Las funciones de naturaleza administrativa del Presidente de la República en el proceso de formación de la ley

El *Presidente de la República*, en el sistema político chileno es un órgano co-legislador, por cuanto:



- Tiene iniciativa, incluso exclusiva en algunas materias. Son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, entre otras las que integran el derecho administrativo, tales como las leyes anuales de presupuestos, las referidas a la división política o administrativa del país, las que crean nuevos servicios públicos o empleos rentados, las que conceden aumentos de remuneraciones al personal de la Administración Pública. Cuando quien concurre al nacimiento de una ley es el ejecutivo, la iniciativa legislativa recibe el nombre de mensaje.
- Participa en el debate o discusión de la ley a través de los Ministros que tienen derecho preferente a voz en las sesiones legislativas;
- Debe dar su aprobación a las leyes que han sido aprobadas por ambas Cámaras. Si aprueba el proyecto, lo promulga, si en cambio, no está de acuerdo, puede recurrir a su facultad de veto, devolviendo el proyecto a la Cámara de Origen para que las Cámaras se pronuncien, aceptando el veto o insistiendo en el proyecto aprobado por ellas.

Hasta aquí actúa el Presidente como colegislador.

La siguiente etapa de la formación de la ley es la *promulgación*, que puede definirse como "el acto jurídico solemne, expresado en un Decreto Supremo, mediante el cual el Presidente atestigua a la Nación la existencia de una ley y ordena su cumplimiento." (Verdugo Marínkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto; "Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002, tomo II, pág. 47). Este acto constituye un acto administrativo, llevado a cabo por el Presidente de la República como administrador.-

En los hechos, la promulgación se realiza a través de un decreto supremo firmado por el Presidente de la República y el o los Ministros del ramo, dependiendo de la materia de la ley; Este decreto se envía a trámite a la Contraloría General de la República y sólo una vez cursado por el órgano contralor, puede publicarse la ley en el Diario Oficial, concluyendo así su proceso de formación.

Si el Presidente no promulga la ley o promulga la ley con un texto diferente al aprobado por las cámaras, cualquiera de ellas o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio puede recurrir ante el Tribunal Constitucional dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

El fallo del Tribunal se publica en el Diario Oficial.

Leyes Administrativas

Forman parte del derecho administrativo todas aquellas leyes que se refieren a materias propias de ese ámbito del derecho, independiente del tipo de ley de que se trate.



Así, integran el derecho administrativo tanto leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales, de quórum calificado, como leyes comunes u ordinarias, en cuanto se refieran a los órganos de la Administración, su creación, organización, funcionamiento y supresión, a la regulación de su actividad jurídica, a sus autoridades y agentes, sus atribuciones, derechos y obligaciones y la regulación de la relación de la Administración con los habitantes del Estado.

La Ley en derecho administrativo juega un rol fundamental pues es a través de ella que se crean órganos de la administración (Servicios públicos) se establece su funcionamiento y organización, etc.

Clases de leyes administrativas

El ordenamiento constitucional chileno reconoce distintos tipos de leyes a los que hace referencia en el artículo 66 de la Carta Fundamental, aún cuando no las define:

Leyes interpretativas de la Constitución, es decir, aquellas que tienen por objeto fijar el sentido y alcance de un precepto constitucional o de una expresión contenida en él, sin alterar la letra o el tenor del texto constitucional, ni afectarlo en su esencia o introducir nuevos elementos, siempre que se refieran a materias administrativas necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Un ejemplo de ley administrativa de este tipo es la ley Nº 19.174 de 12 de noviembre de 1992 que interpretó el inciso segundo de la disposición trigésima tercera transitoria de la Constitución relativa a la elección de consejeros regionales, por cuanto precisó la oportunidad en que se realizaría la primera elección de estos integrantes de estos órganos colegiados de la administración regional.

Estas leyes tienen el carácter de ley constitucional pues se entienden integradas al precepto constitucional que interpretan.

Leyes orgánicas constitucionales. Aquellas que, estando expresamente previstas en la Constitución, requieren para su aprobación, modificación o derogación del quórum de los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio y están sujetas a control previo obligatorio de constitucionalidad. Tienen como objetivo fijar la organización y funcionamiento de los poderes públicos, servicios e instituciones públicos y regular materias de suma relevancia.

Diversas disposiciones constitucionales han previsto la dictación de leyes orgánicas constitucionales para establecer las bases o regular materias de derecho administrativo y, en cumplimiento de ellas constituyen importantes fuentes del derecho administrativo, por ejemplo, la Ley Orgánica Constitucional (LOC) de Bases Generales de la Administración del Estado, Nº 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. Nº 1/19.653 de 2000; LOC de Municipalidades N° 18.695; LOC de Gobiernos Regionales N° 19.175; LOC del Congreso Nacional N° 18.918; LOC de las Fuerzas Armadas N° 18.948;



LOC del Tribunal Constitucional N° 17.997; LOC de los Estados de Excepción N° 18.415; LOC de Enseñanza N° 18.962; entre otras.

Leyes de quórum calificado. Son aquellas expresamente previstas por la Constitución para regular las materias que ella dispone y requieren para su aprobación, modificación y derogación de la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio. Ejemplo de leyes administrativas de este tipo son: la Ley N° 18.838, del Consejo Nacional de Televisión; la Ley N° 18.481 que autoriza al Estado a realizar actividad empresarial, entre otras.

Leyes ordinarias o comunes. Son aquellas leyes referidas a materias que la Constitución no ha reservado a la ley orgánica constitucional o de quórum calificado, elaboradas por el poder legislativo en la forma prevista por la Constitución y que no están sujetas en su aprobación a un quórum especial ni a control previo obligatorio de constitucionalidad. Ejemplo de este tipo de leyes que constituyen relevantes fuentes del derecho administrativo son la ley N° 18.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; las leyes orgánicas de los ministerios: Nº 18.989 (Ministerio de Planificación y Cooperación), Nº 18.956 (Ministerio de Educación), Nº 19.032 (Ministerio Secretaría General de Gobierno), Nº 18.201 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, etc.; la Ley Nº 18.886 sobre contratos administrativos; ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo; ley Nº 18.883 Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, entre muchas otras.

Tanto las leyes orgánicas constitucionales como las de quórum calificado son excepcionales. La Constitución ha reservado para ellas determinadas materias y las somete a un quórum más alto para su aprobación, modificación y derogación a objeto de que la regulación de tales materias concite mayor consenso de manera que gocen de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo.

No se trata de leyes de jerarquía superior a las leyes comunes u ordinarias pues, una vez aprobadas, tienen la misma jerarquía que éstas. Sin embargo, muchas de ellas establecen las bases de determinadas instituciones, estructuras y órganos, por lo que es debido a su contenido y no a su jerarquía, que las leyes comunes que se refieren a esas mismas materias deben enmarcarse en las bases establecidas por la ley orgánica o de quórum calificado que, por tal razón, ocupan una escala superior en el orden de prelación en que las leyes se aplican.

Efectos de la ley administrativa

Dado que una de las características de la ley es su obligatoriedad, resulta evidente que la ley administrativa es obligatoria para los funcionarios en las materias que correspondan, sin que ellos puedan excusarse de su cumplimiento bajo ningún pretexto.

La ley sólo deja de aplicarse a las materias que rige cuando es derogada por otra ley posterior, de su misma jerarquía. El órgano administrador carece de atribuciones para anularla o dejar de aplicarla.



De acuerdo al artículo 9º del Código Civil, "la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo". Este principio que se denomina de irretroactividad de la ley es de aplicación general en el derecho chileno, lo que significa que la ley, por regla general, sólo rige las situaciones y relaciones que se produzcan y establezcan con posterioridad a su entrada en vigencia y no antes de ella.

Ahora bien, el principio de irretroactividad de la ley tiene algunas excepciones. Desde luego, una de las más relevantes es, en materia penal, la vigencia del principio pro reo o de la ley más benigna, que permite aplicar la ley que entró en vigencia después de ocurrido el hecho delictual en caso de que la nueva ley elimine el delito o le asigne una pena menor.

En materia de derecho administrativo rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley. Sin embargo, muy excepcionalmente existen leyes que producen o han producido efecto retroactivo. Por ejemplo, en materia de aumento de remuneraciones para funcionarios de la Administración.

En cuanto a los derechos de los administrados, las leyes administrativas rigen in actum, es decir, desde su entrada en vigencia. En relación con ello es necesario precisar lo que ocurre con las leyes administrativas que limitan derechos de los administrados. A juicio del profesor Silva Cimma, en esta materia rige el principio de que en "derecho administrativo no hay derechos adquiridos", es decir, por el mero reconocimiento de derechos por la legislación tales derechos no ingresan al patrimonio de la persona, razón por la cual, si una nueva ley limita tales derechos, que el particular antes de ella estaba en situación de ejercer, no significa que la ley produzca efecto retroactivo (afecte situaciones anteriores) por cuanto no lesiona ni afecta un derecho adquirido (que ya no ingresó al patrimonio de la persona) sino meras expectativas o la posibilidad de eventualmente poder ejercer tal derecho. Por el contrario, el profesor Soto Kloss sostiene la tesis contraria, conforme a la cual, en Derecho Público hay derechos adquiridos, basa su postulado en la jurisprudencia existente y en la evolución que ha tenido el derecho público en las últimas décadas, considerando como esencial para el Estado de Derecho la premisa indicada. En consecuencia, podemos afirmar que la doctrina nacional no se encuentra conteste en este tema.

5.1.3. Los Tratados Internacionales

Los tratados internacionales son las convenciones celebradas entre dos o más miembros de la comunidad internacional (Estados, organizaciones internacionales) con el objeto de regular sus relaciones y establecer los derechos y obligaciones recíprocos.

En general para que un tratado internacional tenga fuerza obligatoria en el derecho nacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación. No están sujetos a tal aprobación los tratados que el Presidente celebre en ejercicio de su potestad reglamentaria ni las medidas que éste adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado vigente, salvo que incidan en materias propias de ley.



Los tratados que inciden en materias propias de ley, es decir, aquellos que quedan sometidos a la aprobación del Congreso, una vez cumplida esta formalidad, tienen la misma jerarquía y fuerza obligatoria que la ley y, cuando se refieren a materias administrativas, constituyen fuente del derecho administrativo.

Desde el punto de vista del derecho nacional, *los tratados no son actos legislativos*, en cuanto el Congreso Nacional no interviene en su elaboración. La aprobación del tratado por el Congreso, en los casos en que la constitución lo exige, constituye una formalidad previa y habilitante que autoriza al Presidente para decidir la ratificación del tratado.

Las atribuciones de negociar, concluir y firmar tratados internacionales, así como de ratificarlos corresponde al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado. Forma parte de lo que la doctrina denomina las funciones gubernamentales de naturaleza internacional y, por tanto, los actos en que ella se manifiesta son actos administrativos de gobierno.

Realice ejercicio nº 15 al 16

CLASE 07

5.1.4 Los Decretos con Fuerza de Ley

Los decretos con fuerza de ley son cuerpos normativos dictados por el Presidente de la República sobre materias propias de ley, en virtud de una delegación previa de facultades del Congreso Nacional que lo habilita para tal fin, por un plazo que no puede exceder de un año.

Constituye una atribución especial del Presidente de la República (artículo 32 Nº 3 CPR) dictar decretos con fuerza de ley, previa delegación del Congreso que se verifica en una ley delegatoria o habilitante que señalará las materias precisas sobre las que recae la delegación.

A estos cuerpos normativos se refiere el artículo 64 de la Constitución, disposición que, en sus incisos segundo y tercero, establece aquellas materias a las que la delegación del Congreso no podrá extenderse o, lo que es lo mismo, aquellas materias que no pueden regularse mediante decretos con fuerza de ley.

Suele suceder que las leyes son objeto de sucesivas modificaciones o algunas de sus normas son derogadas por leyes posteriores, con lo que su texto original sufre importantes alteraciones. De allí que, para la mejor aplicación de la ley, a objeto de evitar confusiones y para facilitar la labor de los operadores jurídicos y el conocimiento de las normas vigentes por sus destinatarios, el artículo 64 en su inciso cuarto establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República "queda autorizado para fijar



el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar en caso alguno, su verdadero sentido y alcance." Para estos efectos, habitualmente el presidente es facultado en la misma ley que modifica el texto legal anterior.

• Requisitos y tramitación de los decretos con fuerza de ley

En cuanto a los requisitos de fondo, el decreto con fuerza de ley debe ajustarse a la ley delegatoria o habilitante y a la Constitución Política de la República. En cuanto a los requisitos de forma, considerando que se trata de un acto administrativo y no legislativo, está sujeto a los mismos requisitos que el decreto, al que se hizo alusión al tratar estos últimos.

El control del cumplimiento de estos requisitos (tanto de forma como de fondo) compete a la Contraloría General de la República y se verifica a través del trámite de toma de razón al que están sometidos los decretos con fuerza de ley.

• Control de Legalidad y de Constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley

Los decretos con fuerza de ley están sujetos a control de legalidad y de constitucionalidad a través del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, la que tomará razón de los mismos siempre que, además de haberse cumplido sus requisitos formales, no excedan o contravengan la respectiva ley delegatoria (artículo 64 inciso quinto y 99 inciso segundo CPR) y se ajusten a la Constitución (artículo 99 inciso segundo CPR).

Si el decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria o es contrario a la Constitución, la Contraloría lo representará, es decir, lo devolverá al Presidente de la República haciendo presente por escrito las razones por las que no toma razón de él.

En tal caso, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, pero podrá dentro del plazo de 10 días, remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que éste resuelva la controversia.

Si el Tribunal Constitucional coincide con los fundamentos de la representación de Contraloría, el decreto con fuerza de ley no concluirá su tramitación y, en consecuencia, no nacerá a la vida del derecho. Así lo establece la Constitución al señalar en el artículo 94 que "Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en (...) el decreto con fuerza de ley de que se trate". En cambio, si el Tribunal Constitucional acoge el planteamiento del Presidente, ordenará a la Contraloría tomar razón del decreto con fuerza de ley, el que, tomado razón, deberá ser promulgado y publicado y regirá plenamente con la misma fuerza obligatoria y jerarquía que la ley.

También la Constitución establece control de constitucionalidad a posteriori de los DFL. Así, un decreto con fuerza de ley que ya ha sido tomado de razón por Contraloría y que



ha entrado en vigencia puede ser impugnado por inconstitucional. Este control a posteriori se radica igualmente en el Tribunal Constitucional y puede ser promovido por cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (art. 93 inciso 7º CPR). El requerimiento debe efectuarse dentro del plazo de treinta días contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

Si el Tribunal Constitucional conociendo de este requerimiento declara la inconstitucionalidad de un decreto con fuerza de ley o de determinadas normas contenidas en él, el DFL o las normas declaradas inconstitucionales se entenderán derogadas desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo (la que debe publicarse dentro de los tres días siguientes a la dictación de la sentencia). No obstante, ésta no producirá efecto retroactivo, es decir, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional no alcanzarán a asuntos que se hayan producido antes de la publicación y a los que se haya aplicado la o las normas que de esta forma se derogan.

Vencido dicho plazo, si un decreto con fuerza de ley contiene normas inconstitucionales queda aún a salvo el recurso de protección, si a través de su aplicación se afectan derechos fundamentales asegurados por la Constitución de aquellos mencionados en el artículo 20 de la Carta Fundamental o, puede impugnarse su aplicación en una causa o juicio en particular a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 N° 6 CPR). Si el Tribunal Constitucional lo declara inaplicable por inconstitucional en la causa en que se ha hecho valer, hay acción pública (cualquier persona puede pedirlo) para requerir la declaración de inconstitucionalidad, la que también puede declarar de oficio (sin previo requerimiento) el Tribunal Constitucional, en ambos casos por la mayoría de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio (artículo 93 N° 7).

Modificación y derogación de los decretos con fuerza de ley

Los decretos con fuerza de ley sólo pueden ser modificados o derogados por ley.

Los decretos con fuerza de ley constituyen una profusa fuente de derecho administrativo.

Lo anteriormente expuesto significa que son múltiples los decretos con fuerza de ley vigentes que constituyen fuente directa del derecho administrativo. Por una parte, el mecanismo de la delegación de facultades legislativas al Presidente se utiliza frecuentemente para permitir la regulación de materias de carácter eminentemente técnico, la mayoría de ellas del ámbito administrativo y, por otra, el carácter dinámico del derecho administrativo y la necesidad de que las instituciones y procesos se adecuen a los tiempos hace que las leyes administrativas sean objeto de modificaciones, lo que deriva en la necesidad de cada cierto tiempo fijar los textos refundidos, coordinados y sistematizados de las mismas, lo que se concreta en decretos con fuerza de ley. Todo ello hace que sean muchas y variadas las materias administrativas reguladas por este tipo de fuente.



Algunos ejemplos de ellos son: DFL 7 (D.O. del 15.10.80) fija texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y adecua disposiciones legales; DFL 1/19.653, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; DFL 1/19.175 (D.O. del 08.11.2005), Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la ley n° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, entre muchos otros.

5.1.5. Los Decretos Leyes

Son normas de carácter legal dictadas por el Ejecutivo, sobre materias propias de ley, sin autorización del Poder Legislativo. Estos surgen comúnmente durante gobiernos de facto, en situaciones en que se ve fracturada la institucionalidad y los gobiernos son derrocados, se trata en definitiva de leyes que surgen sin un aparato legislativo, es posible también la creación de decretos leyes en situaciones de graves calamidades públicas, invasiones, guerra civil, guerra exterior, etc, en donde el Gobierno asume de hecho facultades legislativas.

Mientras se mantiene la situación de excepción o el gobierno de facto, los decretos leyes rigen, tienen fuerza obligatoria y plena validez jurídica. Pero, ¿qué ocurre cuando se vuelve a la normalidad constitucional?

Algunos autores, desde una perspectiva teórica, sostienen que todos los decretos leyes dictados deberían ser revisados por el órgano legislativo, a objeto de decidir su derogación o su validación transformándolos en leyes. Sin embargo, esto no ocurre el la práctica.

Otros como el profesor Alessandri Rodríguez, sostienen que debería dárseles valor a todos, salvo a aquellos que no tuvieron efecto alguno, ya sea porque no fueron tramitados por la Contraloría, o porque perdieron por completo su oportunidad (agotaron sus efectos).

Lo cierto es que, en la práctica, no sucede ni lo uno ni lo otro. Los decretos leyes son tácitamente reconocidos como normas jurídicas vigentes por los poderes del Estado. El poder legislativo los modifica, deroga normas contenidos en ellos o, derechamente los deroga para poner fin a su vigencia, a través de leyes; el poder judicial los aplica a situaciones concretas y el poder ejecutivo dicta reglamentos o emite instrucciones para su mejor aplicación reconociéndoseles, de esta forma, su vigencia y validez jurídica.

En Chile, entre los años 1973 y 1981 se dictaron 3.600 Decretos Leyes. Algunos de ellos han sido expresa o tácitamente derogados, mientras que otros han sido modificados en virtud de ley y mantienen su vigencia. Algunos ejemplos de Decretos Leyes, actualmente vigentes sin perjuicio de sus modificaciones, que constituyen fuentes del derecho administrativo son: D.L N° 575, modificado por el D.L. N° 2.339 de 1978, que estableció la división del país en Regiones, con el territorio y denominación que en él se consigna; D.L. 1.263 de 1975, ley Orgánica de Administración Financiera del Estado; D.L. Nº 249 de 1974 que fija la escala única de sueldos para los funcionarios públicos de los servicios y



organismos; .D.L. Nº 1.939 de 1977 sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado; D. L. 2.186 de 1978 sobre procedimiento de expropiaciones;

Los decretos leyes, como se señaló, son modificados y derogados por ley.

Realice ejercicio nº 17 al 19

CLASE 08

5.1.6. El Decreto

La doctrina en general denomina Decreto a la orden dictada por cualquier autoridad dotada de poder de decisión sobre asuntos de su competencia.

Ahora bien, la denominación que se da a los decretos (en el sentido amplio ya definido) variará dependiendo de la autoridad de quien emane:

Si se trata de una orden escrita que dicta el Presidente de la República o un ministro "por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia, se denomina Decreto Supremo (artículo 3º inciso tercero Ley 19.880).

En cambio, si lo dicta el jefe de alguno de los servicios que integran la administración, toma el nombre de *Resolución* (artículo 3º inciso cuarto Ley 19.880). Las resoluciones que adoptan las municipalidades (que dicta el Alcalde), a su vez, reciben distintas denominaciones a las que se refiere el artículo 12 de la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

El artículo 32º Nº 6 de la Constitución otorga como atribución especial al Presidente de la República, la de "Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos o instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

Los decretos supremos y resoluciones serán fuente del derecho administrativo en la medida en que se dicten en virtud de potestades imperativas (de mando) en el ámbito del derecho público. El decreto legalmente tramitado es obligatorio tanto para los agentes de la Administración como para los particulares en sus relaciones con ella.

En cuanto a su jerarquía, se ubican por debajo de la ley, de manera que el decreto debe ajustarse a ella y a la Constitución. Sin perjuicio de ello, decretos supremos y resoluciones admiten, a su vez, diversas clasificaciones y, dependiendo de su naturaleza, existe también entre ellos un orden de prelación, materia que se analizará mas adelante.



Si el decreto es ilegal o inconstitucional puede ser impugnado, materia que se analizará con posterioridad.

Clasificación de los decretos

Los decretos pueden ser clasificados en base a distintos criterios:

a) Desde el punto de vista de su contenido, pueden clasificarse en *Decretos Políticos y Decretos Administrativos.*

Son decretos políticos los que se refieren a materias de gobierno del Estado. Tienen este carácter, por ejemplo, los decretos que convocan a elecciones, el que convoca a plebiscito, el decreto supremo que declara un estado de excepción constitucional o el que declara la guerra.

Son decretos administrativos aquellos que tienen por finalidad desarrollar la actividad administrativa del Estado. Por ejemplo, los que aprueban un contrato de obra pública, otorgan una concesión de obra pública o de un bien nacional de uso público, ascensos o nombramientos de personal, etc.

b) Desde el punto de vista de su alcance se distingue entre *Decretos Reglamentarios y Decretos simples*

Los decretos reglamentarios, también llamados, reglamentos, regulan una determinada materia sistemáticamente, en forma general y con carácter permanente, sea para el cumplimiento de una ley o para la buena marcha de un servicio público.

Por ejemplo

El decreto supremo Nº 1.825 del Ministerio del Interior (publicado en el Diario Oficial de fecha 10 de septiembre de 1988) que aprueba el reglamento de calificaciones del personal afecto al Estatuto Administrativo; el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, contenido en el Decreto Supremo MOP Nº 75 de 2004.

Los decretos simples resuelven una o más situaciones particulares, haciendo cumplir o aplicando la ley. Por ejemplo, el que nombra a un funcionario, el que otorga un indulto particular o el que concede un montepío.

c) Decretos Controlados y No Controlados



Esta clasificación se formula atendiendo a si el decreto se encuentra o no sometido al control preventivo de juridicidad por la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República ha determinado qué actos de la administración quedan sujetos a toma de razón, mediante la Resolución N° 520, de 1996. Los que no se mencionan en ella serán no controlados, en el sentido de que están exentos de este control previo de legalidad.

d) Como una categoría aparte se mencionan, atendido su objeto, los *decretos* promulgatorios de las leyes.

Los decretos promulgatorios de ley son dictados por el Presidente de la República para dejar constancia del texto de una ley y ordenar que sea divulgado a objeto de que se cumpla como ley de la República.

El Presidente en cumplimiento de su función de promulgar la ley actúa en el ámbito de sus atribuciones administrativas y no como órgano colegislador, por lo que *el acto de promulgación es un acto administrativo y no legislativo*. En consecuencia, el decreto promulgatorio debe cumplir con los mismos requisitos que los demás decretos supremos, es decir, está sujeto a toma de razón por Contraloría, y debe publicarse en el Diario Oficial.

Trámites comunes a todo tipo de Decretos:

- 1.- Se le debe asignar un número al respectivo Decreto y luego debe de anotarse en el registro del Ministerio respectivo, siendo así individualizado, además debe de incorporarse la fecha.
- 2.- Todo decreto como acto administrativo que es, emane de la autoridad que emane y salvo casos excepcionales debe someterse al trámite de Toma de razón, el cual es realizado por la Contraloría General de la República, de acuerdo a las funciones que le asigna su ley orgánica, y consiste en la verificación de la legalidad y constitucionalidad del acto administrativo. Este trámite se encuentra contemplado en la Constitución Política, en su artículo 99.
- 3.- El decreto debe de publicarse en el Diario Oficial, y en los casos que el decreto tenga efectos individuales, podrá notificarse de acuerdo a las normas del Procedimiento Administrativo.

• Los principios generales de derecho

Los principios generales de Derecho constituyen el fundamento de las normas positivas en que se manifiesta el Derecho Administrativo, por lo que no constituyen fuente



directa del Derecho Administrativo, sino que, como principios que son, subyacen en las normas y constituyen criterios orientadores en la creación y aplicación del derecho positivo.

En materia administrativa los principios más relevantes son: la buena fe, la equidad, la teoría del enriquecimiento sin causa, la publicidad y la transparencia.

Las actuaciones de la Administración del Estado deben realizar y respetar estos y otros principios específicamente aplicables a materias determinadas.

Así por ejemplo, realiza el principio de que el Estado no puede enriquecerse sin causa, el reconocimiento de la figura del funcionario de hecho cuando, por ejemplo, un funcionario es nombrado y empieza a desempeñar el cargo, por razones de buen servicio y, en definitiva, el nombramiento no es cursado por faltar algún requisito u otra causa. En esta situación se le reconoce la calidad de funcionario de facto (de hecho) por el periodo trabajado y se le pagan sus remuneraciones. Del principio de equidad derivan otros principios como el de igualdad de los proponentes en las licitaciones públicas, de manera que ninguno de ellos se encuentre en situación de ventaja frente a los otros. Una aplicación de este último obliga a que las aclaraciones que se hagan a las Bases Administrativas de los llamados a licitación que efectúe la administración, aún cuando se hagan a propósito de la consulta de uno de los participantes, deban ser puestas en conocimiento de todos quienes están participando en el proceso licitatorio. El principio de publicidad, hoy consagrado expresamente en la Constitución, impide, por ejemplo, que los documentos de evaluación de las propuestas presentadas en una licitación sean considerados "documentos internos de la administración". Hasta hace unos años todavía era frecuente que en las bases administrativas de licitación se calificaran en la forma indicada (entre comillas) estos documentos y se estableciera que no era exigible su conocimiento por los participantes en el proceso licitatorio. No obstante, la Contraloría General de la República en diversos dictámenes sostuvo que este tipo de cláusulas atentaba contra el principio de publicidad aún antes de que se consagrara constitucionalmente dicho principio.

5.2. Fuentes Indirectas del Derecho Administrativo

A continuación, se estudiarán las fuentes indirectas del Derecho Administrativo.

5.2.1. La Jurisprudencia Administrativa

A través de la aplicación del derecho a los casos concretos, los tribunales de justicia y los órganos de la administración llamados a pronunciarse sobre asuntos administrativos, van interpretando las normas, fijando su alcance e incluso supliendo vacíos e imprecisiones que puedan encontrarse en las leyes administrativas. Los criterios uniformes de aplicación e interpretación de la norma administrativa contenidos en esos actos constituyen la jurisprudencia administrativa y son una importante fuente del derecho administrativo.



En el derecho administrativo, la jurisprudencia, aún cuando fuente indirecta, reviste especial importancia por cuanto no sólo sirve para precisar el sentido de una norma oscura o dudosa, sino que va adaptando a la realidad dinámica de la Administración, por la vía de la aplicación, la norma administrativa y, por otro lado, contribuye a sistematizar el derecho administrativo al evidenciar sus principios comunes, relacionar sus normas dispersas en diversos cuerpos legales, etc y también es fundamental en la adaptación del derecho administrativo a la realidad en que opera.

En Chile dan origen a jurisprudencia administrativa contenciosa (cuando hay litigio o controversia entre partes), a falta de los tribunales contencioso administrativos, los fallos de los tribunales ordinarios de justicia, los tribunales especiales, y los órganos administrativos dotados de potestades jurisdiccionales.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa no contenciosa, es decir, sobre aquellos asuntos en que no hay litigio o controversia pero es necesario precisar el alcance, contenido y/o aplicación de la norma, emana de dos tipos de poderes o autoridades: aquellos dotados por el legislador de la atribución de ejecutar el acto administrativo y aquellos llamados a resolver sin forma de juicio. Por ejemplo, el Presidente de la República, la Contraloría General de la República, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, el Consejo de Defensa del Estado, la Dirección Nacional del Trabajo, la Superintendencia de Seguridad Social, etc.

La jurisprudencia administrativa no crea normas de derecho administrativo y, por ende, no es fuente directa. En cambio, influye en la creación, actualización o modificación de la norma administrativa, dependiendo de la solidez y el prestigio del órgano del que emana.

El fallo, el pronunciamiento o el dictamen (la decisión que emita el órgano) para el asunto litigioso o no litigioso sometido a su decisión tendrá, aplicación obligatoria sólo para el caso de que se trata. No obstante, en algunos casos, las interpretaciones y criterios que de él emanan serán obligatorios para la Administración, tal ocurre, por ejemplo con los dictámenes de la Contraloría General de la República.

5.2.2. La Costumbre Administrativa

Se entiende por costumbre la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica. En términos más simples, se trata de los usos, las prácticas que se observan en un país o lugar determinado que han llegado a tener valor jurídico.

El valor de la costumbre es diverso en el sistema jurídico chileno según el ámbito del derecho de que se trate. Así, en el derecho penal carece de todo valor; en el derecho civil constituye derecho sólo cuando la ley se remite expresamente a ella, en cambio el derecho comercial se remite directamente a ella.

_

¹ Un asunto es litigioso cuando existe conflicto entre dos o más partes.



En el derecho administrativo, la costumbre según la ley, es decir, aquellos usos y prácticas que se ajustan a la ley, se entiende que la complementan y aseguran su eficacia, por lo que tiene valor jurídico. También es fuente de derecho administrativo la costumbre en el silencio de la ley, es decir, aquella que suple, reemplaza los vacíos u omisiones de la norma jurídica.

5.2.3. La Doctrina Científica

Son las opiniones y las teorías sustentadas por los tratadistas de Derecho Administrativo o por los publicistas que exponen su criterio ante los tribunales, en la Cátedra, o en general, ante los órganos encargados de fallar o resolver un asunto administrativo.

Si bien la doctrina científica no tiene fuerza obligatoria, influye en la creación y modificación del derecho. Desde luego, la mayor o menor influencia de una opinión doctrinaria dependerá del prestigio del autor que la sostiene.

6. PRELACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La prelación es el orden de preferencia que se da a las distintas fuentes, atendiendo a su jerarquía. Así el orden de prelación de las fuentes del derecho administrativo es el siguiente:

- 1.- Constitución Política del Estado.
- 2.- Ley (interpretativa de la Constitución; orgánica constitucional, de quórum calificado; ley común u ordinaria, decretos con fuerza de ley y decretos leyes).
- 3.- Los Decretos Supremos y Resoluciones (incluye las que emanan de los municipios). Ahora bien, dentro de esta categoría existe también un orden de prelación.
- 4. La Costumbre
- 5.- La Jurisprudencia

En cuanto a los tratados internacionales, y en la medida que estos cumplan con las formalidades establecidas en la Constitución e incidan en materia de ley, tendrán la misma jerarquía y fuerza obligatoria que la Ley.

Realice ejercicio nº 20

CLASE 09

7. LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y ALGUNOS ASPECTOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO



El autor clásico León Duguit explica que el Estado no es sólo el titular abstracto del poder, sino que es también "una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes" Pereira Anabalón, Hugo "La independencia y la imparcialidad del Poder Judicial." Anales de la Facultad de Derecho Tercera Época - Vol. IV - Enero a Diciembre 1957 - Nº 6.

Debemos entender entonces, que cada vez que el Estado, dentro de un régimen de derecho, siente la necesidad de actuar e intervenir en la vida colectiva en pos del bien común, está prestando un Servicio Público directamente o instando a actuar a los servicios públicos respectivos.

7.1 Las distintas concepciones del Servicio Público

Doctrinariamente existen tres concepciones de servicio público, las cuales son:

a) La concepción orgánica o formal

De acuerdo con ella, para determinar si se está frente a un servicio público se atiende al órgano que desarrolla la función, de manera que, si el órgano que actúa integra la Administración, se trata de una actividad de servicio público, cualquiera que ella sea.

Debe observarse que esta concepción orgánica del servicio público le da a este último un alcance amplísimo y variable. Lo primero, por cuanto toda actividad que desarrolle la administración a través de sus órganos estará comprendida en él y, lo segundo, porque su contenido específico dependerá de la época y lugar y, en especial, de la idea de rol del Estado que impera (Estado de policía, estado de bienestar, etc.)

De acuerdo a esta concepción, constituyen servicio público las funciones de policía y seguridad del Estado, la educación, la salud, la seguridad social, el transporte público, etc. en la medida en que los órganos de la Administración presten tales servicios.

b) La concepción funcional o material

Esta concepción atiende al fin que persiga la actividad. Así, se entiende por servicio público toda actividad que persiga un fin de interés general, sin atender al órgano o entidad que la realiza.

Dentro de esta concepción del Estado, Diguit sostiene que "El servicio público implica toda actividad indispensable para el desarrollo de la vida social, que toca a los gobernantes, en virtud del poder que detentan, organizar y asegurar de modo continuó, en beneficio de los gobernados." (Pereira, artículo citado).

De este modo, el servicio público no sólo se realiza por órganos de la Administración, sino también por personas naturales o jurídicas privadas.



c) Teoría de la prestación de servicios al público

Para determinar si se está o no en presencia de un servicio público, esta teoría parte del criterio de constatar si, la entidad u órganos que desarrolla la actividad, presta o no un servicio al público. Es decir, si el ente u órgano ha sido creado o su principal función es servir directamente a la gente. Sólo se consideran servicios públicos aquellos frente a los cuales hay un usuario o, en el lenguaje actual, un cliente ajeno a la administración.

Puede tratarse de prestaciones materiales, tales como la distribución de agua, de gas, electricidad; financieras, como el otorgamiento de créditos; prestaciones de tipo intelectual o cultural, como la educación, difusión artística, etc.

7.2. Clasificación de los servicios públicos

Los servicios públicos se pueden clasificar desde dos puntos de vista, los cuales serán analizados a continuación.

a) Clasificación desde el punto de vista de la concepción orgánica

Desde el punto de vista de esta concepción, los servicios públicos se clasifican en base a tres criterios: el territorio, la calidad de los agentes que se desempeñan en el servicio y el patrimonio o naturaleza de los recursos con que el servicio se financia.

Desde el punto de vista territorial los servicios públicos se clasifican en nacionales, regionales y locales.

- Servicios públicos nacionales, son aquellos que extienden su competencia a todo el territorio de la República. Por ejemplo, en Chile, la Tesorería General de la República, el Servicio de Impuestos Internos, la Contraloría General de la República, la Dirección Nacional de Arquitectura.
- Servicios públicos regionales. Aquellos cuya competencia se encuentra limitada a una Región o zona del país. Por ejemplo, los Gobiernos Regionales.
- Servicios Públicos Locales. Su competencia alcanza a una determinada comuna. Por ejemplo, los municipios.

Atendiendo a la calidad de los agentes que se desempeñan en el servicio, se distingue entre aquellos servicios en que los agentes que desarrollan la actividad propia del servicio son agentes públicos. Pertenecen a esta categoría todos los servicios que integran la Administración del Estado, y aquellos servicios en que los agentes que realizan su actividad no son contratados por el Estado o sus órganos, en esta categoría se encuentran los servicios públicos concesionados.



Finalmente, desde el punto de vista patrimonial, se distingue entre los servicios públicos dependientes, cuyo funcionamiento y actividad se financia con cargo al patrimonio del Fisco, por tanto, sus ingresos y egresos se contemplan en el Presupuesto General de la Nación. Se trata, además, de servicios que no tienen personalidad jurídica propia y actuar con bajo la personalidad jurídica del Fisco, y servicios públicos autónomos, que son los que cuentan con patrimonio propio distinto del Fisco y también están dotados de personalidad jurídica de derecho público. Estos servicios no quedan sujetos a la fiscalización del poder central sino que éste solo ejerce facultades de supervigilancia respecto de ellos.

b) Clasificación de los servicios públicos desde el punto de vista de la concepción funcional

En base a esta concepción, los servicios públicos se clasifican en base a los siguientes criterios:

Desde el punto de vista de la naturaleza de la función que cumplen, se distingue entre los servicios esenciales y no esenciales. Los primeros son aquellos cuya actividad sólo puede ser desarrollada por el Estado, en forma monopólica, en tanto que los servicios secundarios no esenciales satisfacen necesidades que también pueden ser satisfechas por personas naturales o jurídicas privadas regidas por el derecho común o privado. Pertenecen a la primera categoría, por ejemplo, las policías; a la segunda, en cambio, la educación superior estatal, el servicio de locomoción colectiva.

Se distingue también entre servicios públicos obligatorios y facultativos, según la exigibilidad de la prestación por los particulares. Por ejemplo, en Chile, es obligatorio para los municipios prestar (aún cuando a través de concesionarios) el servicio de aseo de la comuna (art. 3º letra f) ley Nº 18.695). En cambio, los municipios pueden prestar (no están obligados) asistencia social y jurídica a los habitantes de la comuna (art. 4º letra c) ley Nº 18.695).

Cabe tener presente que, los servicios que pertenezcan a una u otra categoría en cada una de las clasificaciones anteriores, dependerá de la idea de rol del Estado vigente o del tipo de Estado frente al cual se encuentre.

Por último, los autores denominan *servicio público propio* al que es prestado por servicios dependientes o autónomos que integran la Administración, en tanto que denominan *servicio público impropio* a aquellos en que la satisfacción de las necesidades a que da respuesta, se realiza por particulares. Ejemplo de este último sería en Chile el caso de los bomberos.

En Chile además los servicios públicos pueden ser centralizados o descentralizados; este criterio obedece a tres elementos: personalidad jurídica, recursos y control a que están sometidos.



- a.- Servicios públicos centralizados: son aquellos que actúan con la personalidad jurídica del Estado, con los recursos del Fisco y están sometidos a la dependencia del Presidente de la República a través de un determinado Ministerio (control jerárquico: esto es, obedecen las órdenes e instrucciones que emanan del poder central). Al estar sometidos a la personalidad jurídica del Estado no pueden contratar por sí mismos, salvo que el Presidente de la República delegue al jefe de servicio respectivo la representación del Fisco para celebrar contratos que digan relación con los fines propios del servicio. Estos son: Ministerios con sus respectivas Subsecretarías y Secretarías Regionales Ministeriales, Direcciones Regionales de los Servicios Públicos centralizados, Dirección General de Crédito Prendario, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Superintendencia de Valores y Seguros, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones
- b.- Servicios públicos descentralizados: son aquellos que actúan con personalidad jurídica y patrimonio propio en virtud de la ley que los crea. Están sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. Por ejemplo: las empresas públicas. Al contar con personalidad jurídica propia pueden contratar por sí mismos en los casos que sea necesario para el cumplimiento de sus fines. Estos son: Universidad de Chile, Servicio Nacional de Aduanas, Servicio de Impuestos Internos, Dirección del Trabajo, Superintendencia de Seguridad Social, Instituto de Normalización Previsional, Servicio de Vivienda y Urbanismo, Banco del Estado, Servicios de Salud, Gobiernos regionales, Municipalidades, Ferrocarriles del Estado, Empresa de Correos de Chile, Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile, Empresa Nacional de Minería.
- c.- Servicios públicos desconcentrados: son aquellos a los que se les han transferido competencias desde los órganos superiores disminuyendo la subordinación de éstos. Se aumentan los poderes de los representantes locales, efectuándose esta transferencia de atribuciones en virtud de una ley, ya sea para que ejerzan estas atribuciones en todo el territorio nacional o en una circunscripción administrativa determinada. No cuentan con patrimonio ni personalidad jurídica propia sino que actúan con la del órgano central.

7.3. Características generales del servicio público

La doctrina señala las siguientes como características del servicio público:

a) Continuidad

El servicio público, desde que satisface necesidades generales de la colectividad, no puede paralizarse ni interrumpirse. Ésta es una característica esencial del servicio público. Como consecuencia de ello, las constituciones o las leyes en los distintos ordenamientos jurídicos consagran normas tendientes a asegurar la continuidad del servicio público. Un claro ejemplo de esto en Chile, como en la mayoría de las legislaciones, lo encontramos en el art. 19 nº 16 inciso 6º de la Constitución que no otorga derecho a declararse en huelga a:

- Los funcionarios del Estado, ni los de las municipalidades;



- Las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Corresponde a la ley regular esto último y el legislador ha determinado que se estará en la situación prevista por la Constitución cuando:

- La empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o
- Su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

La determinación de las corporaciones o empresas cuyos trabajadores no tienen derecho a huelga se efectúa anualmente, dentro del mes de julio de cada año, mediante una resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, de Defensa y de Economía, Fomento y Reconstrucción.

b) Regularidad

Se refiere a que el servicio público debe ser brindado de conformidad a las reglas preestablecidas por normas jurídicas positivas. En este sentido, los funcionarios que se desempeñan en un servicio público deben observar con exactitud dichas leyes y reglamentos, ya que ellos se traducen en una garantía para la comunidad en el sentido que la satisfacción de necesidades que realiza el Estado se somete a preceptos preestablecidos impidiendo de esta manera las arbitrariedades.

c) Uniformidad

Significa que habiéndose establecido la prestación de un servicio público en beneficio de la comunidad, todos los habitantes que se encuentren en igualdad de condiciones para solicitar sus beneficios deben de verse igualmente beneficiados por dicho servicio. Esta característica es consecuencia de la garantía fundamental de igualdad ante la ley y tiene especial importancia en aquellos servicios por los cuales el usuario debe cancelar un derecho o tarifa, las que deben ser establecidas con criterios de igualdad. Por ejemplo, el servicio de locomoción colectiva

d) Obligatoriedad

Desde que la ley regula un servicio público y determina los órganos o entidades que lo prestarán, la prestación del servicio debe cumplirse. No puede el prestador otorgarlo a algunos y negarlo a otros.



e) Permanencia

La permanencia dice relación con que el servicio existe mientras subsistan las necesidades públicas para cuya satisfacción ha sido creado. Ello implica que, si la necesidad desaparece, deja de existir la razón de ser, el fundamento racional y social del servicio, lo que determina que éste debe ser suprimido.

7.4. Elementos del Servicio Público

Para que exista servicio público, deben concurrir los siguientes elementos:

- 1.- Función Pública: Debe existir una necesidad de los habitantes o de la generalidad de ellos cuya satisfacción sea considerada obligatoria por el Estado, es decir, una necesidad pública;
- 2.- Funcionarios: Un cierto número de personal o agentes instituidos para realizar la función tendiente a dar satisfacción a la necesidad.
- 3.- Recursos: Una cantidad de recursos afectos al cumplimiento de la necesidad pública,
- 4.- Régimen jurídico especial: Un conjunto de normas positivas, legales y/o reglamentarias emanadas de los órganos competentes del Estado, que determinan que esa necesidad debe satisfacerse mediante el procedimiento del servicio público. Esto se denomina régimen jurídico del servicio público.

Realice ejercicio nº 21 al 23

CLASE 10

7.5 Creación, organización, modificación y supresión de los servicios públicos

El derecho administrativo se ocupa de regular la forma en que se crea y se organiza un servicio público, cómo se modifica su organización, su estructura o funcionamiento a objeto de que pueda adaptarse a los tiempos y cambios en la sociedad en que opera y dar respuesta a las necesidades sociales para las que ha sido creado y, finalmente de la supresión de los servicios, cuando desaparece la necesidad social que determinó su creación, materia que será estudiada a continuación.

a) Creación de un servicio público



Crear un servicio público implica adoptar la decisión de que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha por el Estado, en concurrencia o no con el sector privado. Para tal efecto, se dará forma a una institución en que deberán concurrir los denominados elementos del servicio público y cuyos procedimientos serán regulados por el Derecho Público.

En Chile, no hay duda de que la creación de servicios públicos es materia de ley. Así lo establece la Constitución en el artículo 65 inciso 4º numeral 2 cuando establece que es facultad del Presidente de la República la creación de nuevos servicios públicos.

Desde el punto de vista doctrinario se señala como fundamento para que sólo por ley puedan crearse servicios públicos, que ello constituye una limitación a la actividad privada, pues el Estado supliría la iniciativa privada en la prestación del servicio, de manera tal que ya el privado no podría actuar en dicho ámbito y, por ende, limitaría la libertad de los individuos y todo acto que signifique una limitación a esta última sólo puede tener origen en la ley, desde luego, en el marco que la constitución admite.

En el ordenamiento jurídico chileno, se suma al fundamento anterior, el que la propia Constitución entrega al Presidente de la República el manejo de las finanzas públicas, de manera que la iniciativa de todo gasto público debe tener origen en el Ejecutivo y ser aprobada por el Congreso.

Al crear un servicio público, el ejecutivo puede optar por:

- Permitir que subsista la actividad privada para dar satisfacción a las necesidades que lo originan. Por ejemplo, en materia de educación, o
- Reservar exclusivamente al Estado la satisfacción de determinadas necesidades públicas. Esto da origen a los denominados servicios públicos de monopolio. Tal ocurre, por ejemplo, la fiscalización, la defensa, la administración de justicia, etc.

Ahora bien, es necesario hacer una precisión respecto del alcance de la afirmación de que los servicios públicos son creados exclusivamente por ley. En efecto, invariablemente será la ley la que resuelva que una determinada necesidad general "podrá realizarse por el Estado en forma preferente, mediante los procedimientos de Derecho Público". Sin embargo, en lo que se refiere a la creación material del servicio público, pueden darse dos situaciones:

- La regla general es que la misma ley crea el servicio público en sentido material, asignándole sus funciones y dotándolo de las atribuciones necesarias para su cumplimiento,
- Excepcionalmente, la ley puede autorizar a un determinado órgano de la administración, de una manera genérica, para crear ciertos servicios públicos. En este caso será el órgano de la administración al que la ley ha mandado el que materialmente creará el servicio. No obstante, que el acto de creación en este caso es administrativo y no legislativo, el servicio público tiene igualmente su origen en la ley



que lo ha previsto. Así ocurre, por ejemplo con los servicios de alumbrado, de aseo y ornato, etc. que la ley radica en las municipalidades.

Se señaló como característica del servicio público, su permanencia, por lo que la ley que crea un servicio público es también una ley de efectos permanentes, que producirá efectos en el tiempo mientras exista la necesidad que originó la creación del servicio público.

Por otro lado, el órgano ejecutivo del Estado, en ocasiones, requiere asesorarse por órganos de carácter consultivo como apoyo a la realización de sus funciones administrativas o incluso políticas. Para tales efectos crea comisiones o comités asesores. En Chile, por ejemplo, el Comité de Defensa del Consumidor, la Comisión de Verdad y Reconciliación, la Comisión Asesora para el Fortalecimiento de los Principios de Transparencia y Probidad Pública, el Comité de Defensa de la Familia, etc.

Estos Comités y Comisiones no son órganos permanentes, ni su función tiene caracteres de continuidad, son creados para un fin específico de asesoría puntual que normalmente se traduce en la entrega al Primer Mandatario de un informe dentro de un determinado plazo, que sirve de base o antecedente para adoptar decisiones. Por ende, estos organismos no son servicios públicos y carecen de potestades administrativas y atribuciones especiales.

b) Organización del servicio público

"La organización del servicio consiste en la determinación de las reglas generales y particulares a que él habrá de someterse."

La organización del servicio público comprende el conjunto de reglas referidas a:

Naturaleza jurídica del servicio. Si se tratará de un servicio dependiente o autónomo, si estará dotado de autonomía financiera, si será de nivel nacional, regional o local, etc.

La determinación de los recursos de que dispondrá, sea con cargo al presupuesto general de la Nación, si se le dota de patrimonio de bienes fiscales afectados, si se le constituye un patrimonio propio de bienes públicos, etc.

Naturaleza, atribuciones y deberes de su personal, esto es, si serán empleados públicos o municipales, régimen a que habrán de sujetarse, etc.

La organización del servicio público es también materia de ley. Ahora bien, esto no significa que la ley deba agotar el desarrollo de tales materias. La ley establecerá las normas generales y principales en materia de naturaleza jurídica del servicio, organización, funciones, atribuciones de sus autoridades, etc., dejando que tales normas fundamentales sean complementadas por el propio poder administrador en ejercicio de su potestad reglamentaria.



Como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria en esta materia, no puede a través de ella otorgar al servicio nuevas atribuciones al servicio, fuentes de recursos, ni otros derechos al personal que la ley no haya determinado.

c) Modificación del servicio público

Se señala que el servicio público, como toda institución, debe adaptarse a los tiempos y cambios en la sociedad en que opera. Ahora bien, en el ámbito del Derecho Público, bajo el principio rector de éste de que sólo puede hacerse aquello que la ley permite y conforme al principio de legalidad aplicado al ámbito administrativo, sólo es posible cumplir este requerimiento a través de la modificación del servicio público, es decir, de la alteración o sustitución de las normas referidas a su organización, estructura, atribuciones y/o procedimientos del mismo.

La modificación del servicio público se relaciona con su reorganización para dar respuesta en mejor forma a las necesidades para cuya satisfacción se ha creado. Comprende las modificaciones en cuanto a sus atribuciones, a su estructura funcionaria (creación de nuevos cargos, supresión, fusión de éstos), etc.

En la legislación chilena para proceder a la modificación de un servicio se requiere de una ley expresa, por cuanto se afecta no sólo el aspecto reglamentario del servicio, sino también su estructura orgánica su régimen de bienes y/o su personal.

Como límite a las facultades de los órganos colegisladores para modificar un servicio público están los derechos funcionarios, los que no pueden ser alternados bajo ningún respecto.

d) Supresión del servicio

La supresión de un servicio público es materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y, por ende, materia de ley (arts. 65 inciso 4º número 2 en relación al 63 N° 14) y se aplican a esta materia las mismas normas ya analizadas respecto de su creación.

La supresión implica que el Estado ha tomado la decisión de dejar de satisfacer, por intermedio de sus órganos, una determinada necesidad de interés general. Corresponde ordenar la supresión del servicio a la misma autoridad que creó el servicio, por norma de rango igual o superior a la que lo creó.

Es válido lo señalado en materia de creación de un servicio público, en cuanto a que si la ley crea directamente el servicio, éste solo podrá ser suprimido por ley. Si en cambio, por mandato del legislador, la creación se verificó por acto administrativo, también la autoridad que lo creó requerirá de ley expresa que lo faculte para su supresión.

La supresión del servicio público plantea los siguientes dos problemas:



- a) Situación de los bienes. Por regla general, en caso de supresión de un servicio, sus bienes pasan a formar parte del patrimonio general del Estado. Hacen excepción de esta norma general los bienes donados por particulares para la satisfacción de una determinada necesidad de interés general; estos bienes se estima que deben ser destinados al servicio de la misma necesidad que satisfacía el servicio suprimido. Lo anterior, sin perjuicio de que la ley pueda dar un determinado destino en cada caso particular a los bienes del servicio que suprime.
- b) Situación del personal. Si se suprime un servicio, sus funcionarios no pueden alegar ningún tipo de derechos sobre el empleo u otras prestaciones, salvo el cumplimiento de sus derechos provisionales y aquellos derechos que expresamente contemple para el personal, la ley que suprime el servicio.

Realice ejercicio nº 24 al 26

CLASE 11

8. EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CHILENA

A continuación, se realizará un breve análisis de la evolución histórica de la Administración Pública chilena.

a) Los inicios de la Administración Pública Chilena. 1818 a 1830

En los albores de la República, correspondió al, entonces, Director Supremo don Bernardo O'Higgins, la organización de la nueva Administración. Acorde con los acontecimientos históricos que se vivían, O`Higgins sostiene: una República independiente no puede "regirse por leyes, ordenanzas y oficinas montadas sobre un plan colonial."

El problema más grave que enfrenta para organizar la nueva Administración es la falta de idoneidad y de competencia de los funcionarios que carecían de conocimientos y de experiencia en este ámbito. Los criollos, en el período anterior, a lo más, habían servido de escribanos, mientras la generalidad de los cargos y funciones administrativas eran servidas por los españoles. La falta de recursos para organizar la nueva república derivó en malas remuneraciones, lo que hizo frecuentes los fraudes, malversaciones y malas prácticas.

La prioridad de la tarea de consolidar la emancipación y de organizar el Ejército Libertador hace cobrar especial relevancia a las áreas de Aduanas y Ejército y es precisamente en éstas en las que aparecen evidentes muestras de falta de moralidad e idoneidad de los nuevos funcionarios.



No obstante, en este periodo surgen las primeras normas administrativas:

- Se redacta la Constitución de 1818, la cual establece un ejecutivo unipersonal en la forma de Director Supremo, a quien se asignan amplias atribuciones, y dado que no se fija la duración del mandato, éste cuenta con un plazo indefinido para ejercer sus funciones. Su poder es limitado por la existencia de otros dos poderes del Estado, que son claramente establecidos por la Constitución, el legislativo y el judicial. En materia legislativa, se nombra un Senado de cinco miembros permanentes e igual número de suplentes, nombrados todos por el Director Supremo. En materia judicial establece una autoridad judicial, creando un Tribunal Superior. Otros aspectos importantes de esta Constitución, entre otros, es que establece los derechos y deberes del hombre en la sociedad; determina las facultades y límites del ejecutivo; establece una administración provincial de tres provincias (Coquimbo, Santiago, y Concepción) y fija como religión del Estado la Religión Católica. Además, este texto legal establece las primeras normas sobre nombramiento de personal idóneo en los cargos y surgen los primeros indicios de la carrera funcionaria.
- Se promulga una nueva Constitución el año 1822, esta Constitución tiene el mérito de haber declarado expresamente la independencia de los tres poderes del Estado, de fijar un plazo para la duración del mandato presidencial, de proponer un sistema legislativo, y crear los ministerios de Relaciones Exteriores, Hacienda, y Guerra y Marina.
- Se establecen normas para dar a conocer las disposiciones administrativas, los que deben ser publicados en la "Gaceta de Gobierno" (antecedente mas remoto del actual Diario Oficial).
- Constitución de 1823, de 27 de diciembre, y elaborada por el jurista Juan Egaña, es conocida como la constitución moralista, por su marcada tendencia conservadora y autoritaria, en la que se mezclaban elementos políticos, religiosos y morales. En ella se reconoce al Ejecutivo como el gran poder del Estado, cuyo mandato sería ejercido por un Director Supremo por un período de cuatro años, reelegible por una sola vez. El Legislativo, estaba constituido por un Senado y una Cámara Nacional. Se establecía el requisito de religiosidad para ser ciudadano, y se fijaban controles y censura para las relaciones entre las autoridades y los ciudadanos.
- El año 1828, bajo el gobierno interino de Francisco Antonio Pinto, se promulga la Constitución de 1828, aprobada por el Congreso el 6 de agosto, confeccionada por el diputado Melchor de Santiago Concha Cerda y el Ministro del Interior subrogante José Joaquín de Mora. Se establece una clara independencia de los tres poderes del Estado, determinando que la República sería gobernada por un Presidente elegido por votación indirecta de electores, a razón de tres por cada miembro del legislativo; el gobierno duraría cinco años, posibilitando la reelección después de un período de otros cinco años; el Presidente podría, encaso de muerte o de imposibilidad física o moral, ser reemplazado por un Vicepresidente, elegido de igual forma que éste. El Poder Legislativo reside en dos cámaras: Senado y Cámara de Diputados, que como poder del Estado, tiene la facultad de nombrar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia; dictar el presupuesto; suprimir y crear puestos de empleo; aprobar ascensos de jefes superiores del ejército y



ministros en el extranjero, etc. Se mantiene la división del país en ocho provincias, que se manejarían con independencia del poder central; se establece la tolerancia religiosa y su culto privado; se establece la libertad de imprenta sin censura previa; se refuerzan los derechos individuales; se amplía el electorado a las milicias suprimiendo el requisito de saber leer y escribir, entre otros.

Los años de la guerra emancipadora consumieron todos los recursos del país y obligaron a los nuevos gobernantes a preocuparse de encontrar soluciones prontas a los graves problemas económicos. Tras la guerra do la independencia los sucesivos gobiernos siguen intentando organizar la Administración y logran cierto avance, pero sin superar totalmente los problemas de desorganización, falta de idoneidad y de moralidad.

b) Las Figuras de Portales y Rengifo. 1831 y 1841

Algunos historiadores sostienen que con Portales cambian todos los usos políticos y administrativos practicados hasta entonces. "No admitía el enriquecimiento a costa del estado; pensaba que debía servirse al país sin ninguna remuneración. Personalmente no cobró jamás un sueldo; los cedió al ejército. (...) Puso orden en la administración; la organizó; fue inflexible en la sanción de los prevaricadores², los flojos y los incapaces." (Campos Harriet, Fernando, "Historia Constitucional de Chile", Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983, pág. 162). Por su parte, a don Manuel Rengifo, Ministro de Hacienda en los gobiernos de Prieto y Bulnes, se le considera el organizador de la Hacienda pública.

Como medidas relevantes en este período, es preciso destacar:

- Se dicta la Constitución de 1833, del 25 de mayo, que recoge las ideas de Portales y de Mariano Egaña, y que rige por cerca de 92 años. Entre los aspectos fundamentales de ésta, están los siguientes:
- a.- Determina un período presidencial por cinco años, permitiendo la reelección inmediata por igual período, otorgando amplias facultades al Presidente de la República para el mantenimiento de la seguridad pública, incluido el estado de sitio;
- b.- El nombramiento y remoción de las autoridades gubernamentales, locales, y judiciales;
- c.- Ejercer el patronato sobre la iglesia;
- d.- La posibilidad de veto a los proyectos de ley tramitados por el legislativo.
- e.- Se elimina la elección del cargo de Vicepresidente, cargo que será ejercido por el Ministro del Interior sólo en los casos en que el presidente se encontrará imposibilitado de ello

_

² Prevaricador: que pervierte e incita a alguien a faltar a las obligaciones de su oficio o religión.



- f.- Se establece por primera vez el principio de fijar los límites territoriales;
- g.- Se otorga la facultad fiscalizadora a la Cámara de Diputados, a la que además se da la atribución de aprobar el presupuesto de la Nación;
- h.- En materia de libertades, se garantizaba la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de las propiedades, la libertad de imprenta y la seguridad personal.
- Se termina con la costumbre del favoritismo en la provisión de cargos, a la vez que se establecieron requisitos de idoneidad para el ingreso a los distintos cargos de los ministerios y departamentos.
- Se instauró un régimen de rigurosa economía, así como una celosa vigilancia a las oficinas administrativas a través del Visitador de Oficinas Fiscales, se suprimieron algunos cargos innecesarios, lo que permitió reducir el gasto en la Administración.
- En mayo de 1839 se estableció el Tribunal Superior de Cuentas o Contaduría Mayor, antecedente de la actual Contraloría General de la República.
- Don Manuel Rengifo, apodado "el mago de las finanzas" asume la organización de la Hacienda Pública que entonces se encontraba en ruinas. Dichas medidas tendientes a evitar el fraude y el contrabando, hace ver la necesidad e importancia de contar con documentos estadísticos y se funda una Oficina de Estadísticas, antecedente del actual Instituto Nacional de Estadísticas (INE).
- Un Reglamento Provisorio para Aduanas Marítimas, tiene por objeto evitar el "escandaloso contrabando" que se hacía a vista y paciencia de Aduanas.
- Se dictó la primera ley orgánica de Ministerios, en la que las secretarías de Estado se estructuraron orgánica y funcionalmente.
- Se dictaron normas relativas a la jubilación, a la que podía acogerse el funcionario por imposibilidad física o moral para continuar desempeñando el cargo y la pensión se otorgaba en base a una escala de acuerdo con la cantidad de años de servicios.
- c) Los años siguientes de la Primera Etapa de Evolución de la Administración Pública Chilena: 1841 a 1924

En el decenio de Bulnes (segunda administración pelucona 1841- 1851) se acentúa la organización administrativa y social impulsada en el período anterior. Se da gran importancia al desarrollo de la educación. El 17 de septiembre de 1843 se crea, por ley, el primer organismo autónomo del Estado: la Universidad de Chile, siendo su primer rector don Andrés Bello.



Se promulga la "ley de régimen interior" que otorga un considerable poder a intendentes y gobernadores.

A partir de este decenio el Estado asume un carácter mas asistencial y comienza el crecimiento de la burocracia administrativa orientada hacia el servicio.

Don *Manuel Rengifo* retira del Congreso dos proyectos de ley relativos a la preparación de los presupuestos y la cuenta de la inversión de los caudales públicos considerando que eran deficientes y *elabora un decreto de diez artículos que contiene las normas esenciales en materia de manejo de fondos públicos, normas que hasta hoy se han seguido recogiendo en las leyes que regulan este ámbito, tales como, la fiscalización del manejo de los fondos públicos, proscripción de gastos no autorizados por ley, responsabilidad personal de los ministros en caso de exceder el presupuesto, presupuestos de gastos mas detallados y prolijos.*

Después de la muerte de Portales se produce un aflojamiento de la autoridad administrativa, introduciéndose nuevamente algunos vicios ya desterrados, como el favoritismo en los cargos y el nepotismo (desmedida preferencia hacia los parientes para las concesiones y cargos públicos). La familia Vial, desde la época de Prieto comenzó a ocupar cargos públicos. A través de su influencia promovieron y lograron el cambio de los hombres que se formaron con los principios de Portales. En el segundo período del Gobierno de Bulnes don Manuel Camilo Vial como Ministro del Interior, entregó numerosos cargos y contratos a miembros de la familia, aún cuando, los historiadores reconocen que se trataba de funcionarios probos y competentes.

Durante el *decenio de don Manuel Montt* (1851-1861) se reinstalan los principios portalianos, se forma un cuerpo administrativo mas estable integrado por funcionarios idóneos y se termina nuevamente con el nepotismo. En esa época se dicta la primera ley orgánica de municipalidades y se organiza el servicio diplomático.

Pero la Administración dotada de tales características no duraría mucho, ya que el decenio siguiente, de don José Joaquín Pérez (1861 -1871), se caracteriza por el definitivo inicio de la relajación en las prácticas administrativas impuestas por Portales y reimpuestas por Montt. El acceso a los ministerios de representantes de la fusión liberal – conservadora incide en que funcionarios idóneos y competentes sean reemplazados por gente sin los conocimientos para los cargos pero, en cambio, comprometidos políticamente con los fusionistas.

El período de los gobiernos liberales no destaca por grandes avances en el ámbito administrativo. No obstante, se opera un cambio en cuanto al rol del Estado, que se retrae a un rol secundario en la esfera de la actividad económica y productiva, dejando un amplio margen a la iniciativa privada. Esta tendencia se modifica durante el gobierno de Balmaceda, en que el Estado retoma un rol activo en esos ámbitos y asume nuevas tareas en el campo social, con el consecuente crecimiento de la burocracia.



Durante el Gobierno de Balmaceda acceden a las esferas políticas representantes de una nueva clase social, la burguesía formada en torno a la riqueza minera del norte, a las actividades del comercio y de la banca. De ideas liberales, contribuyen a elevar el nivel cultural del país y, en el ámbito de la administración, introducen la figura del funcionario profesional y técnico.

El período parlamentario representa un quiebre en la tendencia que muestra la Administración, durante el periodo de Balmaceda. Esto porque, con el parlamentarismo y dentro de una concepción liberal e individualista, el Estado vuelve a tomar un rol secundario, absteniéndose de intervenir en la vida económica y, aún social, limitándose a propulsar la libre empresa.

Coincide el periodo parlamentario con importantes cambios en la sociedad chilena: el aumento de los centros urbanos, el surgimiento de estratos sociales mas preparados y no ligados a la aristocracia terrateniente que empiezan a tener cada vez mas influencia en el ámbito social y político. Se empieza a gestar la clase media chilena y, en el plano político surgen los movimientos radicales y demócratas.

Durante el parlamentarismo se administra sin planificación, los presupuestos se recargan de gastos innecesarios, se relaja la moralidad funcionaria y se aumentan los empleos en la administración para compensar, con cargos públicos, favores electorales, al tiempo que se da una alta rotativa en los cargos. No son ajenos a este periodo los abusos y la flojera de los empleados de confianza. En definitiva, la Administración hace crisis, se torna incapaz de responder a las demandas de una sociedad más preparada y exigente, lo que, junto con otros factores, desemboca en la crisis de 1924.

d) La Segunda Etapa en la Evolución de la Administración Pública Chilena. 1925-1938.

A partir de 1925, los autores fijan el inicio de lo que denominan la segunda etapa en la evolución de la Administración Publica Chilena. En esa época modificó y alteró toda la estructura legal de la administración, dando inicio a un nuevo período en la historia institucional del país.

El comienzo de esta segunda etapa se produce durante el primer gobierno de don Arturo Alessandri Palma (1920-1925). El Estado abandona la tendencia liberal que caracteriza a la primera etapa y, de un rol secundario pasa a ocupar uno de mayor relevancia en la vida social y económica del país. En materia administrativa, esta segunda etapa se caracteriza por diversos intentos de reorganización de la Administración y por la creación de nuevos servicios y funciones. Lo anterior va acompañado de una tendencia sostenida al crecimiento de la burocracia administrativa, que empieza a preocupar a los sucesivos gobiernos.

El Estado expande su actividad hacia el ámbito social, buscando dar respuesta a las necesidades que el sector privado resulta incapaz de satisfacer, es menester recordar que en esta época el movimiento social se encontraba en pleno debido al clima de agitación obrera



ocasionado por las crisis económicas. Entre las realizaciones mas destacables en materia administrativa y económica está la creación del Banco Central (Decreto Ley Nº 486 de 21 de agosto de 1925. Obra de don Arturo Alessandri Palma, tuvo el propósito de estabilizar la moneda y regular el cambio, instituyendo una única entidad autorizada para emitir circulante evitando de este modo las emisiones inorgánicas. También entre las leyes sociales se dictan la del seguro obrero y las leyes que crean la Caja de Empleados Particulares y la Caja de Empleados Públicos y Periodistas (organismos provisionales).

La Constitución de 1925 consagraba bases para desconcentrar e, incluso, para descentralizar la administración.

En su artículo 107 establecía:

"Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior."

Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de zonas que fijen las leyes.

En todo caso, la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al intendente, y la vigilancia superior de ellos al Presidente de la República "

Por otra parte, en materia de Administración Provincial, la Constitución de 1925, en sus artículos 95 y siguientes crea las "Asambleas Provinciales", como órganos asesores del Intendente respectivo, las que señalaba la Carta fundamental "tendrán las atribuciones administrativas y dispondrán de las rentas que determine la ley".

Sin embargo, este impulso descentralizador sólo quedó en la intención del constituyente, por cuanto, el legislador de la época no cumplió con el imperativo Constitucional. Sin la ley que debía regular las Asambleas Provinciales, éstas nunca llegaron a existir y, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 107, lejos de ir traspasando atribuciones a organismos provinciales y locales, el legislador siguió un criterio marcadamente centralista, despojando a los Municipios de importantes atribuciones que fueron entregados a servicios centralizados.

En 1927 asume la presidencia del la República don Carlos Ibáñez. Preocupado de restaurar el orden perdido, permitió que el Ministerio de Hacienda ejerciera acciones en materia de gasto público, adoptara algunas medidas de reorganización de la Administración y fijación de sueldos. No obstante que fue dotado por el Congreso de amplias atribuciones para "dictar todas las disposiciones legales de carácter administrativo y económico que exigiera la buena marcha del Estado", el Presidente no abordó la reorganización de la Administración. Por el contrario, una vez más, debido a la crisis económica mundial de 1930, se intensifica la actividad estatal en todos los ámbitos, el Estado asume nuevas tareas en el campo social y económico y diversifica los servicios que entrega, manteniéndose, en las administraciones siguientes, la tendencia hacia el crecimiento de la burocracia estatal.



A los gobiernos de don Pedro Aguirre Cerda y don Juan Antonio Ríos (1939-1973) les han criticado los historiadores el favorecer el crecimiento de la burocracia pública. Chile mostraba en esa época uno de los más altos porcentajes de habitantes ocupados en funciones administrativas y en el ejército, a nivel mundial. En lo que se refiere a las funciones administrativas ello se explicaba por el crecimiento y mayor complejidad de las tareas públicas, la tendencia estatista y la creciente demanda por puestos públicos ante la difícil situación por la que atravesaba la clase media de la época, producto de las consecuencias económicas de la Segunda Guerra Mundial.

No obstante, la actividad económica del país se intensifica. El Estado interviene crecientemente en este ámbito, buscando un aumento de la producción y la redistribución del ingreso con fines de interés social. Además, empieza a perfilarse como gestor directo de empresa.

La industrialización del país constituía una prioridad para mitigar el daño económico derivado de la gran guerra. El gobierno crea la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), organismo de fomento que hace posible la creación de empresas para modernizar el país. En los siguientes años y sucesivos gobiernos, se crean empresas filiales de CORFO, tales como ENAP (Empresa Nacional del Petróleo), IANSA (Industria Azucarera Nacional); Se formula un plan de electrificación y se crea la ENDESA y, con la conjunción de capitales fiscales y privados se crea la CAP (Compañía de Acero del Pacífico). También, en los gobiernos siguientes la CORFO daría origen a la Línea Aérea Nacional.

Mediante sucesivas leyes, los Presidentes Carlos Ibáñez del Campo, Jorge Alessandri Rodríguez son dotados por el Congreso de facultades extraordinarias para reorganizar la Administración. Más que el propósito de hacer más eficiente y técnico el aparato administrativo, el propósito de estas leyes es reducir el excesivo gasto fiscal que demanda. Sin embargo, los gobiernos suprimen contados organismos, a la vez que crean mayor cantidad de nuevos servicios o los reorganizan aumentando sus dotaciones. En suma, en contra del propósito legislativo, la administración continúa creciendo de manera importante.

La misma preocupación por reorganizar la administración existe en la presidencia de don Eduardo Frei Montalva (1965 - 1969), aún cuando en este periodo no se otorgaron al ejecutivo facultades extraordinarias como en los periodos anteriores.

En 1967, la Ley Nº 16.635 creó la Oficina de Planificación Nacional: ODEPLAN. Con el propósito de programar en forma coherente y coordinada la actividad y la inversión estatal se le encomendó "la realización de estudios globales, más sistemáticos y de mayor nivel técnico, tendientes a proyectar el desarrollo del país sobre la base de una organización regional." Sin embargo, ODEPLAN desarrolló este propósito en un plano netamente técnico, elaborando estudios y propuestas que no pudieron llevarse a la práctica, fundamentalmente porque partían de la base de una división político-administrativa distinta a la entonces vigente.

Tampoco en el gobierno siguiente, del Presidente Salvador Allende se avanza en la reorganización de la administración, la que sigue creciendo inorgánicamente.



Debe precisarse que, si bien el crecimiento de la administración presenta cierto carácter inorgánico en la segunda etapa de su evolución, no deja de ser justificado por la creciente demanda de actividad pública. La mayor intervención del Estado, primero en el ámbito social y más adelante como regulador de la actividad económica e industrial y como generador de empresas, determinó la adecuación de la estructura existente así como la creación de nuevos organismos y, el consecuente, aumento en la dotación de funcionarios.

Hacia la década del 60, la Administración Pública chilena, producto de la evolución analizada, presentaba las siguientes características:

- Debido a su crecimiento inorgánico y a que nunca se asumió una reorganización integral y planificada, se evidencia duplicidad de funciones, tramitación lenta y exceso de burocratización frente a los usuarios.
- La ausencia de plantas profesionales en muchos servicios constituye una traba para atraer a los más capacitados con miras a mejorar la eficiencia.
- Sistema deficiente de remuneraciones. Ello produce como efecto que el elemento profesional sufra una alta rotativa ya que continuamente los funcionarios profesionales optan por otros puestos mejor remunerados. Por otra parte, no hay incentivo a la movilidad en los escalafones ya que las diferencias de remuneraciones entre un grado inferior y el inmediatamente superior son ínfimas.
- Condiciones desiguales y deficientes de retiro y jubilación. Incide en que permanezcan en la administración personas que se encuentran en condiciones de jubilar, impidiendo la movilidad de los escalafones.
- Falta de sistema de incentivos para el personal que se perfecciona. Como consecuencia de ello no existe interés por el perfeccionamiento y, en cambio, se genera la convicción de que, para hacer carrera, basta acumular años en el servicio.

Realice ejercicio nº 27 al 29

CLASE 12

e) La Reforma Administrativa de la década del 70

Durante el Gobierno Militar se inicia un proceso de reforma del Estado. En diciembre de 1973 se dicta el Decreto Ley 212, que creó la Comisión Nacional de la Reforma Administrativa (CONARA), encargada de "efectuar los estudios necesarios para la elaboración de los instrumentos destinados a lograr una adecuada regionalización". Esta



Comisión realizó su labor durante aproximadamente cuatro años, con el propósito de "conseguir, en los plazos más breves que sean posibles, la racionalización, la descentralización y la desburocratización de la Administración del Estado"

Como principios orientadores de la reforma administrativa emprendida por la CONARA, se tuvieron los siguientes:

- El principio de subsidiariedad. En el sentido de que la Administración debía asumir sólo aquellas funciones o actividades que no pudieran desarrollar en forma oportuna y eficiente los grupos intermedios de la sociedad.
- En cuanto a la *orgánica de la Administración* debía privilegiarse una estructura simple, directamente orientada a sus objetivos, sin funciones duplicadas o superpuestas, con procedimientos expeditos y racional asignación de recursos;
- La apoliticidad. Supone la total prescindencia de política en la actuación de los funcionarios públicos con el propósito de asegurar la objetividad e imparcialidad de la gestión pública, sin otra orientación que el interés nacional.
- Disciplina y responsabilidad. Importan el acatamiento de la jerarquía, orden y respeto mutuo y aseguran a cada funcionario autoridad e iniciativa en el ejercicio de sus funciones, unida a una responsabilidad consciente y efectiva.

(Reforma Administrativa Integral y Regionalización).

De acuerdo al mismo documento de la CONARA, la reforma administrativa se bifurca en dos líneas principales y convergentes: la primera es la reforma de las estructuras administrativas y junto con ella la reforma funcional, es decir, los cambios en los sistemas que operan en la administración y, la segunda, la regionalización del país. Se sostiene que, por una parte, no es posible la racionalización y la desconcentración de las estructuras y funciones sin regionalización y, por otra, no es eficiente la regionalización en el contexto administrativo vigente, calificado como anacrónico e ineficiente.

El diagnóstico de la administración evidenció:

- Deficiencias estructurales, tales como superposición de estructuras y duplicidad de funciones, dispersión de instituciones complementarias en distintos ministerios, proliferación de organismos autónomos, sobredimensión del aparato administrativo, falta de coordinación entre los organismos y excesiva politización de la Administración;
- Deficiencias de Planificación. Inexistencia de una organización integral del sistema de planificación, desvinculación entre los organismos de planificación y los encargados de asignar los recursos.
- Uso inadecuado de los recursos humanos, financieros y materiales;
- Complejidad de los sistemas y procedimientos de trabajo, derivados de la falta de metodología y de normas que establezcan procedimientos expeditos y eficientes.
- Subutilización y falta de desarrollo de los recursos informáticos, y



Sistemas de Control Inadecuados.

Sobre la base de este diagnóstico se definieron los principios que debían informar la reforma administrativa (ver documento citado), que se dividió en dos grandes temas:

La reforma macroestructural, y La reforma macrofuncional.

La primera suponía la reestructuración y reordenación de la estructura administrativa sobre la base de la regionalización, para lo cual era necesario efectuar las reformas constitucionales y legales pertinentes. Implicaba dotar a todos los ministerios de similar estructura y asignar a cada uno de ellos un sector de actividad, reestructurar el conjunto de entidades fiscales, semifiscales, autónomas, etc a un solo tipo de servicio público adscrito a un determinado sector bajo la jurisdicción de un ministerio.

La reforma macrofuncional implicaba la definición de un Sistema de Planificación Nacional; un sistema único de Información para la toma de decisiones conformado por un conjunto de subsistemas (de administración financiera, contabilidad uniformada, computación e informática y de estadísticas); un Sistema de Administración de Recursos Humanos que comprendía los subsistemas de carrera funcionaria y capacitación; un Sistema de Abastecimiento del Estado y un Sistema de Control, entre sus principales componentes.

Fruto del trabajo de la CONARA fue la proposición de un conjunto de cuerpos legales que contenían los cambios necesarios para concretar el propósito y objetivo de la reforma administrativa. Entre los más relevantes están:

Los Decretos Leyes Nº 573 y 575 que, respectivamente, se refieren al Estatuto del Gobierno y Administración Interiores del Estado e implementan la regionalización, dando forma a una estructura de gobierno jerarquizada y con algún grado de desconcentración y a una estructura administrativa con órganos descentralizados funcional y/o territorialmente, sobre la base de la unidad territorial constituida por la región, dividida en provincias y éstas en comunas, estas últimas, espacios territoriales de administración (y no de gobierno).

Debido a la radical innovación que el proceso de regionalización involucraba, los DL. Nº 573 y 575 contemplaron su implementación gradual. La regionalización se implementó a partir del 1° de agosto de 1974 en 5 regiones (las regiones I, II, VIII, XI y XII, denominadas "regiones piloto"). La experiencia adquirida con las regiones piloto, permitió extender el sistema a las restantes regiones, que entraron a operar como tales el 1° de enero de 1976, salvo la Región Metropolitana lo hizo el 1° de abril de 1980.

Cada región, se dividió en provincias y éstas a su vez en comunas para efectos de la administración comunal, ahora autónoma. El Decreto Ley Nº 2.339, de 2 de octubre de 1978, otorgó denominación a cada una de las trece regiones en que se dividía el territorio nacional, nombre que, hasta hoy, mantienen.

Junto con la regionalización, a través de un conjunto de Decretos Leyes se concretan políticas descentralizadoras y fijan las bases de la administración:



- El Decreto Ley N° 573, de 8 de julio de 1974, sobre Estatuto del Gobierno y Administración Regional, por primera vez distingue entre las funciones y estructuras de gobierno y las de Administración.
- El Decreto Ley N° 937, de 19 de marzo de 1975, sobre Desconcentración y Sistema de Planificación Regional, crea las oficinas regionales de planificación, encargadas de definir y coordinar políticas y estrategias de desarrollo para la respectiva región, que constituyen el antecedente de las actuales Secretarías Regionales Ministeriales de Planificación y Coordinación dependientes de MIDEPLAN (Ministerio de Planificación).
- El Decreto Ley N° 1.263, de 21 de noviembre de 1975, sobre Sistema de Administración Financiera (aún vigente, con algunas modificaciones) viene a racionalizar y uniformar los procedimientos financieros y presupuestarios del sector público, modernizando este ámbito de la Administración.

Si bien, los cambios generados con la reforma administrativa contribuyen a reorganizar, reducir, profesionalizar y hacer más eficiente el aparato estatal, el proceso no estuvo exento de críticas. Parte de la doctrina sostiene que, a través de este proceso se produce una rigidización de la administración, se instala la idea de que el Estado es un administrador ineficiente y se deja de invertir en la creación de nuevas instituciones públicas. Cabe señalar que, según un posterior informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la reducción de personal público fue de 241.000 empleados en 1976 a 131.000 en 1984; con una reducción del gasto corriente de un 30,1% en 1984, a un 22,9% en 1988 (nota nº 5, en Ramírez Aluja, artículo citado, pág. 6).

Junto con la reforma administrativa se redefinió la relación Estado- Sociedad, modificando el rol del primero en materia financiera, económica, productiva y social. Los principios inspiradores quedan plasmados en el Decreto Ley N° 1.551, de 13 de septiembre de 1976, Acta Constitucional N° 2 sobre Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena. Orientado por la ideología neoliberal que inspiraba al gobierno, se definen áreas de actividad estatal que satisfacen necesidades susceptibles de ser atendidas por el sector privado y sólo subsidiariamente por el Estado. Así, se verifica el traspaso de competencias y funciones de educación y salud pública a los municipios; la privatización de los sistemas provisionales y de salud y se empiezan a privatizar las empresas públicas, aspectos que le han significado las mayores críticas al sistema administrativo instaurado por el régimen militar.

e) El proceso de Modernización del Estado iniciado por los gobiernos de la Concertación

En el programa de gobierno de los partidos de la Concertación por la Democracia para el gobierno de transición, se plantean como objetivos *la democratización del aparato estatal* (elección de autoridades municipales, participación de las organizaciones sociales) *y la descentralización de la administración del Estado* (mayor autonomía de decisión para las autoridades regionales y locales). Por otra parte, un informe del Programa de las Naciones



Unidas para el Desarrollo (PNUD) recomendaba enfrentar como desafío al nuevo gobierno el mejoramiento de la eficacia y eficiencia del aparato público y adoptar "un conjunto coherente de líneas de acción en áreas estratégicas que permitan mejorar la situación actual sacando el mejor partido de la realidad existente". No obstante, se deja claro que no existe la pretensión de volver al modelo de "Estado Benefactor" (Ramírez Alujas, Álvaro Vicente "Reforma del Estado, Modernización de la Gestión Pública y Construcción de Capital Social. El Caso Chileno (1994-2001), Santiago de Chile, agosto de 2001 (en línea) www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges32.pdf, pág 6)

Las primeras medidas modernizadora son adoptadas durante el Gobierno de don Patricio Aylwin. No obstante, no es hasta 1994, durante la administración del Presidente Frei Ruiz-Tagle, que se da un verdadero impulso al ámbito específico de la gestión pública, con la creación del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, integrado por los Ministros del Interior, de Hacienda y Secretario General de la Presidencia (éste último en calidad de presidente), dotado, además, de una Secretaría Ejecutiva y una Secretaría Técnica integrada por especialistas en materias de gestión y desarrollo organizacional. El propósito del Comité es "coordinar a los ministerios dotados de competencias en el ámbito del perfeccionamiento, el desarrollo, la racionalización y la modernización de la función pública, con el fin de proponer a S.E. el Presidente de la República las políticas generales sobre la materia, y las acciones, proyectos e instrumentos necesarios para su implementación, seguimiento y evaluación." (Ramírez Alujas, artículo citado, pág. 10)

Inspirado en una gestión pública gerencial y no burocrática, el proceso de modernización del Estado busca fundamentalmente satisfacción de los usuarios, calidad de servicios, eficiencia y transparencia en la gestión pública, incorporando a la administración pública principios y conceptos modernos y las nuevas tecnologías disponibles. "Se trata de modernizar el Estado para revitalizar el servicio público en la hora de los desafíos de la equidad y de la competitividad. Se requiere un Estado potente y renovado, ni más grande ni más caro que el actual y, por cierto, con una relación mucho más amigable con los ciudadanos." (Tohá, Carolina; Solari, Ricardo "La Modernización del Estado y la Gerencia Pública", 4 de marzo de 2003)

Debe precisarse en este punto que, lo que impulsan los gobiernos de la Concertación es un proceso de modernización del Estado y no una reforma administrativa o reforma del Estado como la que se implementó durante el gobierno militar. Es importante distinguir entre una y otra para comprender las acciones que comprende y los objetivos que cada uno de estos procesos persigue.

La reforma del Estado es la ejecución de profundos cambios que abarcan diversas dimensiones, las que se relacionan con las instituciones públicas, el sistema político, las organizaciones gubernamentales que ejecutan las políticas públicas y las relaciones del Estado con el mercado y la sociedad civil (Doña Molina, Karina, "Síntesis del Proceso de Modernización del Estado en Chile (1994 – 2003)") Hay, en este proceso, una redefinición del rol del Estado y de su relación con la sociedad civil.

En cambio, el proceso de modernización no implica cambios estructurales y profundos, sino que busca la incorporación de nuevos enfoques de índole empresarial, de modernos principios y conceptos de administración y el uso de la tecnología disponible en la



administración pública, con el objeto de hacerla mas ágil, eficiente, participativa y amigable para los usuarios.

El modelo de Modernización de la Gestión Pública se inspira en el aplicado en el Reino Unido durante el gobierno de Margaret Thatcher (1979 –1990) y se desarrolla en torno a las siguientes directrices:

- a) Un estilo de gestión orientado a los resultados y al servicio de los ciudadanos.
- b) Mayor eficiencia en la gestión pública.
- c) Aplicación de tecnologías y principios modernos de gestión en las instituciones públicas.
- d) Premios al buen desempeño.
- e) Evaluación del desempeño y control ciudadano.
- f) Dignificación y capacitación de los funcionarios públicos.

El programa de Modernización del Estado se ha venido desarrollando progresivamente. En el año 2000, el Presidente Ricardo Lagos Escobar, creó el Proyecto de Reforma y Modernización del Estado (PRYME), división del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, orientado a la modernización y la incorporación de tecnologías de información para el mejoramiento de la gestión pública.

En el año 2003, también durante la administración Lagos, gobierno y oposición suscribieron un conjunto de "Acuerdos Político Legislativos para la Modernización del Estado, la Transparencia y la Promoción del Crecimiento". El documento contiene tres agendas distintas sobre los temas contenidos en su denominación. Debido a que los temas que involucra el acuerdo, tienen distintos niveles de complejidad, se establece una "agenda corta" que incluía 21 proyectos de ley aprobados casi en su totalidad al 21 de mayo del 2003 y una "agenda larga" en que se consideran los proyectos para concretar otras 37 medidas modernizadoras.

En materia de modernización del Estado resulta difícil separar el derecho de la técnica administrativa pues ambos se complementan en este proceso. Las medidas incluidas en él se han traducido o se traducirán en leyes, reglamentos e instrucciones que se han integrado y se integrarán al derecho administrativo nacional. Así, considerando la agenda corta de modernización del Estado, se pueden señalar importantes leyes que han posibilitado la concreción de medidas incluidas en ella.

Por ejemplo:

La simplificación de los procedimientos administrativos se concretó en la Ley Nº 19.880, de procedimientos administrativos.

Una nueva política de personal se materializa en la ley Nº 19.882, Ley del Nuevo Trato que, entre sus aspectos más importantes, perfecciona la carrera funcionaria, reduce los empleos de confianza, hace concursables los cargos directivos que siguen a los dos de más



alta jerarquía en aquellas instituciones que establece la ley (alta dirección pública) y crea la Dirección Nacional del Servicio Civil, cuyo objeto será "la coordinación, supervisión y perfeccionamiento de las funciones de personal en los servicios de la administración civil del Estado".

Un sistema único y transparente de adquisiciones, compras y contratación de servicios de apoyo de los organismos del Estado. Se concreta en la ley Nº 19.886 y en su reglamento, aprobado el año 2004.

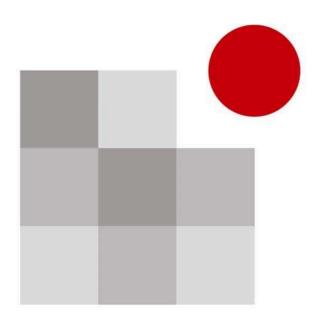
Otras materias contenidas en la agenda corta y los temas de la agenda larga pueden ser examinados en el sitio web www.modernizacion.cl, del Proyecto de Reforma y Modernización del Estado.

El proceso modernización del Estado está aún en pleno desarrollo. En el ámbito que interesa, existen aún temas pendientes de la mayor relevancia, como la modernización de la Contraloría General de la República, la institución del Defensor del Ciudadano, entre las más importantes.

Realice ejercicio nº 30 al 32



RAMO: DERECHO ADMINISTRATIVO



IPLACEX instituto profesional

UNIDAD II LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CHILENA, ACTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CLASE 01

1. LAS BASES ORGÁNICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Se denomina Bases Orgánicas de la Administración del Estado al conjunto de normas o principios en que se funda la organización, funcionamiento y ámbito de acción de los servicios públicos que integran la Administración del Estado.

Las principales bases orgánicas de la Administración del Estado de Chile son:

- El principio de sujeción a la Constitución Política del Estado, el respeto y promoción de los derechos y garantías individuales y el principio de legalidad.
- La unidad administrativa y competencia de los órganos de administración.
- La dotación, es decir, el personal de funcionarios o agentes públicos que están al servicio de la administración.
- La jerarquía administrativa.
- La división de las funciones públicas.
- La destinación de medios económicos necesarios para el desarrollo de la actividad administrativa.
- La probidad administrativa.
- El control de la Administración del Estado.

A los anteriores se suman otros principios fundamentales y que, por ende, también constituyen bases de la Administración y que se relacionan más bien con la actividad, los actos y procedimientos de ésta. Tales son los principios de responsabilidad, al que se hará alusión más adelante al estudiar la responsabilidad extrapatrimonial del Estado y de sus agentes; los principios de transparencia, publicidad y de impugnabilidad de los actos administrativos, a que nos referiremos a propósito del acto administrativo y los principios de continuidad y permanencia del servicio público, los principios de eficiencia y eficacia, coordinación e impulsión de oficio del procedimiento, que dicen relación con el procedimiento administrativo. Todos ellos se encuentran consagrados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley Nº 18.575 cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL Nº 1/19653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 17.11.2001).

1.1 El principio de sujeción a la Constitución Política del Estado, el respeto y promoción de los derechos y garantías individuales y el principio de legalidad.

Con anterioridad se ha relacionado la Constitución como fuente del Derecho Administrativo. En ella se consagran los principios esenciales sobre los que debe fundarse la organización administrativa y el cumplimiento de las funciones estatales. Dentro de su inspiración clásica y humanista occidental, recoge el principio de separación de poderes y crea los órganos fundamentales a través de los cuales se realiza preeminentemente cada una de las funciones clásicas del Estado.

En este marco, corresponde al Derecho Administrativo, al establecer la organización administrativa, regular la actividad de esos poderes y órganos. En consecuencia, existen en la organización administrativa servicios públicos de orden judicial, de orden legislativo, de orden ejecutivo, de orden fiscalizador, etc.



El propio constituyente establece como base de la institucionalidad el deber de los órganos del Estado de someter su acción a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella, estableciendo la obligatoriedad de los preceptos constitucionales también para los titulares e integrantes de los órganos estatales. (art. 6° C.P.R.)

El artículo 1º inciso tercero de la Carta Fundamental dispone que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece". Por su parte, el artículo 5º de la Constitución establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, como deber de los órganos del Estado, el de respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De las disposiciones citadas se deduce claramente que la actividad de los servicios públicos deberá tener siempre presente el respeto de los derechos fundamentales de la persona, los que sólo podrán ser suspendidos o restringidos en aquellos casos y en la forma que la propia constitución lo autoriza. Igualmente la actividad de la administración deberá orientarse a la promoción de los derechos fundamentales y, en este ámbito, prever o evitar que la acción de personas o grupos puedan afectar la libertad y derechos de los demás. De este modo, la actividad de los servicios públicos contribuye a la realización de las garantías individuales.

Los dos principios antes referidos se complementan con el principio de legalidad, consagrado como base de la institucionalidad en los artículos 6° y 7° de la Constitución y manifestado también en otras normas constitucionales al cual se ha hecho mención anteriormente. Este último principio también se recoge, junto con el de responsabilidad, en el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al establecer que: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes."

1.2. La Unidad Administrativa y la Competencia

Es función del Estado proveer a la satisfacción de necesidades colectivas a las que los integrantes y grupos intermedios de la comunidad no puedan proveer por sí solos. El Estado cumple esta función a través de los diversos servicios públicos creados por la Constitución y la ley, los que en su conjunto, conforman una unidad denominada Administración del Estado.



El principio de unidad administrativa se recoge en el artículo 1º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, al disponer que: 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."

Asimismo, y recalcando la finalidad que conlleva la unidad administrativa, el artículo 5° del mismo cuerpo legal indica que: "Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

La Administración del Estado, (así, escrita con mayúscula) alude al conjunto de órganos y servicios que colaboran con el Presidente tanto en sus actividades de gobierno como de administración.

Unidad administrativa y sus principios

La unidad administrativa se funda en la idea de que la Administración es una sola, independiente de la naturaleza de los órganos que la integran.

Para asegurar la unidad administrativa es preciso armonizar la actividad de los distintos órganos a través de los cuales el Estado da respuesta a las necesidades de la colectividad, evitando la confusión, duplicidad de funciones, interferencias, entorpecimientos y conflictos entre los entes que la integran, de manera de asegurar la eficacia, eficiencia y oportunidad en el desarrollo de las tareas estatales. De ahí que existan ciertos principios fundamentales, que a continuación estudiaremos, vinculados con la unidad de la Administración, tales son la competencia y los sistemas de organización administrativa por medio de los que tal unidad se realiza.

a) La competencia

Una institución fundamental para el concepto de unidad administrativa es la competencia. Las contiendas de competencia, es decir, los conflictos entre distintos servicios sea por responder o dejar de responder a una necesidad pública; la duplicidad de funciones,



es decir, la existencia de dos o más servicios dedicados a cumplir las mismas tareas, desperdiciando recursos humanos y económicos escasos y las situaciones de contradicción e inseguridad que tales situaciones pueden originar, se evitan por la aplicación del principio de la competencia. La competencia permite que la órbita de acción de los distintos servicios públicos que integran la Administración se encuentre clara y precisamente determinada.

Junto con ello, es necesario también que, dentro de cada servicio exista un orden, una dirección con atribuciones y responsabilidades claramente asignadas por la ley, de modo que opere la conducción del servicio hacia el cumplimiento de sus fines, que exista control eficaz y se realice el principio de responsabilidad, por lo que también la competencia opera en el ámbito funcionario, dentro de cada uno de los servicios que integran la Administración.

¿Qué se entiende por competencia?

El vocablo competencia tiene una doble acepción. Por ella se entiende el ámbito de acción de las autoridades, funcionarios y servicios públicos y, también hace referencia a la facultad de actuar de los diferentes órganos de la Administración del Estado.

La competencia determina los límites dentro de los cuales deben moverse y desarrollar su acción los órganos de la Administración así como las autoridades que los representan y conducen.

El principio de competencia, debe relacionarse con la legalidad de la competencia, es decir, en Derecho Público los órganos de la Administración no pueden actuar válidamente sino dentro de los límites que la ley les ha señalado, principio que se encuentra consagrado en el artículo 7 de la C.P.E.

Las normas que fijan la competencia no pueden ser alteradas por quienes están llamados a ejercer los poderes que ellas confieren, de manera que su cumplimiento es una obligación y no una facultad.

1. Elementos que determinan la competencia

La competencia administrativa está determinada por cuatro elementos, a saber:

El Territorio: constituye un límite físico, es el ámbito espacial en que accionan las personas públicas y los órganos administrativos. Así, existen servicios que ejercen su competencia en todo el territorio nacional y otros que solamente lo hacen en una parte determinada de éste. Este elemento permite clasificar a los servicios públicos en nacionales, regionales y locales. Sin embargo, el territorio por sí solo no permite precisar la competencia de un órgano de la Administración, ya que dentro de un mismo espacio territorial actúan múltiples servicios.



 La Materia: cada servicio público tiene a su cargo la satisfacción de determinadas necesidades, el desarrollo de determinadas funciones o cometidos estatales. La materia se puede definir como el objetivo de carácter público que, por así disponerlo la Constitución o la ley, está llamado a cumplir un determinado servicio público.

La competencia se clasifica, desde el punto de vista de la materia, en competencia interna y externa. La segunda alude al fin u objeto que la ley ha encomendado a un determinado servicio público, propia y distinta de los demás. La competencia interna se refiere a la que la ley asigna a los diferentes órganos o funcionarios dentro de un mismo servicio.

 Los Poderes Jurídicos: para actuar en la materia que les compete y dentro de los límites territoriales fijados, los entes públicos disponen de potestades diversas. Pueden estar dotados de potestades resolutivas, meramente administrativas, reglamentarias, fiscalizadoras o jurisdiccionales, según el servicio de que se trate.

Estos poderes jurídicos varían según la naturaleza del servicio. Así, los entes descentralizados poseen poderes tanto de administración como de resolución, mientras que en los órganos centralizados las atribuciones resolutivas son bastante restringidas y se limitan a las que le han sido delegadas por la autoridad jerárquica superior (en Chile, el Presidente de la República). Los órganos autónomos con frecuencia disponen también de potestad reglamentaria que les habilita para dictar normas generales de carácter obligatorio. Tal ocurre, por ejemplo, con las Municipalidades facultadas para dictar ordenanzas que rigen dentro de su ámbito territorial de acción: la comuna. Los servicios dependientes, en cambio, carecen en general de este tipo de atribuciones de orden normativo.

- El Grado: Es la posición que cada órgano tiene en la escalera jerárquica, en la ordenación jerárquica. Y es un factor de competencia ya que es ésta quien determina en que etapa o posición corresponde actuar al órgano de que se trate. De esta forma, el grado alude a cada uno de los niveles a que puede ser sometido un asunto.

Así, existen cuestiones que se resuelven en único grado, mientras que otras son resueltas por la autoridad en primer grado, de manera que, si el interesado no queda conforme con la decisión del órgano o autoridad de primer grado, puede accionar en la forma prevista por la ley para que tal decisión sea revisada por otra autoridad u órgano de nivel jerárquico superior o de control (segundo grado). Por ejemplo, en nuestro sistema administrativo una medida disciplinaria administrativa aplicada por la autoridad facultada para ello (primer grado), puede ser apelada ante el superior jerárquico de tal autoridad (segundo grado), conforme lo establece el Estatuto Administrativo.



• Improrrogabilidad de la Competencia Administrativa

Para realizar el principio de competencia y, por ende, la unidad de la Administración, es la ley la que determina la competencia de cada órgano o servicio, fundada en el interés público.

De lo anterior fluye como consecuencia que la competencia es improrrogable. Vale decir, en principio, ningún órgano, servicio o autoridad puede encomendar o delegar a otro el cumplimiento de las funciones que la ley le ha encomendado.

La improrrogabilidad de la competencia constituye la regla general, la que, sin embargo, tiene dos excepciones previstas por la ley. Tales son:

La avocación, el cual es un acto por el cual un órgano jerárquicamente superior, sin que exista un recurso o petición de interesado, asume el conocimiento de un asunto cuya resolución se encuentra radicada en un órgano inferior. En otros términos, atrae hacia su esfera de decisión un asunto de competencia del órgano jerárquicamente inferior.

La avocación es una consecuencia de la potestad jerárquica, por lo que sólo opera tratándose de órganos vinculados por una relación jerárquica, en el que uno de ellos es el superior jerárquico del otro. Por ejemplo, tal situación se dio el año 2006, en el bullado caso de Chiledeportes, en que la Dirección Nacional se avocó a algunas materias que, de acuerdo a su ley orgánica eran de competencia de las direcciones regionales.

La delegación, el cual es un acto por el cual un órgano superior traslada su competencia a un órgano inferior.

La institución de la delegación surge de la necesidad de desconcentración de la administración centralizada y, en nuestro sistema administrativo, se encuentra consagrada en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en sus artículos 35 y 41.

La primera de las disposiciones citadas permite al Presidente de la República, como supremo administrador, delegar en forma genérica o específica la representación del Fisco en los jefes superiores de los servicios centralizados, para la ejecución de los actos y celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio. A proposición del jefe superior, el Presidente de la República podrá delegar esa representación en otros funcionarios del servicio.

Los servicios centralizados, carecen de personalidad jurídica y patrimonio propio. Sólo pueden actuar bajo la personalidad jurídica y patrimonio del Fisco de Chile. Desde luego, la representación del Fisco de Chile (personalidad patrimonial del Estado) compete al Presidente de la República, por lo que, en principio, sólo el Presidente podría ejecutar actos y celebrar contratos en su nombre. No obstante, en la Administración moderna resulta



prácticamente imposible y, por lo demás, contrario a los principios de eficacia de la Administración y de continuidad del servicio público. De ahí que la ley orgánica constitucional citada le autorice a delegar la representación del fisco, en las siguientes condiciones:

- La delegación debe recaer, en principio, en los jefes superiores de los servicios centralizados. Excepcionalmente, a petición del jefe superior, el Presidente podrá delegar en otros funcionarios del servicio. Por ejemplo, a petición de un Ministro, podrá delegar directamente en uno de los Subsecretarios.
- Esta delegación sólo procede para la ejecución de actos y celebración de contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio.

Por su parte, el artículo 41 establece los requisitos de la delegación de funciones y atribuciones propias de una jefatura o funcionario superior en uno jerárquicamente inferior.

Para tal efecto, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- 1° La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas. Esta norma constituye una limitante que impide que una autoridad o jefatura pueda delegar sus funciones en forma genérica en un subalterno.
- 2° Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes. Se refiere a dependencia jerárquica, es decir, la delegación recaerá siempre en un funcionario vinculado con el delegante en una relación mando obediencia, en que el delegado ocupa esta última posición.
- 3° El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda. Se trata de una solemnidad de publicidad que la ley impone al acto de delegación, a objeto de asegurar la continuidad de la función pública (mediante el conocimiento de la persona en quien se delega) y la seguridad jurídica (mediante el acto de dar a conocer a los administrados la existencia del acto de administración).

Para evitar el conflicto o la duplicidad de funciones o decisiones, establece la misma disposición que, si bien la delegación puede revocarse en cualquier momento por la misma autoridad que delegó, esa autoridad o funcionario (delegante) no podrá ejercer la competencia delegada sin previamente revocar la delegación.

Finalmente, el artículo 41 establece expresamente que "La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización". Es decir, si bien el delegado asume las tareas delegadas y la responsabilidad que pueda derivar de las decisiones administrativas que para su cumplimiento adopte, la autoridad o jefatura que delegó las funciones o atribuciones es responsable de dirigir y fiscalizar el ejercicio de ellas y asumirá la



responsabilidad que derive de su desidia, de su negligencia en el cumplimiento de esas obligaciones de control.

• Conflictos o contiendas de competencia

No es poco frecuente que entre los órganos del Estado se produzcan conflictos de competencia. Éstos pueden ser de dos tipos: conflictos positivos, cuando dos o más de ellos se atribuyen competencia para conocer de un determinado asunto o, conflictos negativos, que tienen lugar cuando ninguno de los órganos se considera competente para resolver un determinado asunto.

Los conflictos de competencia han sido previstos por la ley, determinando el órgano llamado a dirimirlo. Así:

- El Código Orgánico de Tribunales (art. 191) establece que corresponde a cada Corte de Apelaciones resolver los conflictos de competencia que se planteen entre un tribunal especial y uno ordinario dependientes de ella.
- Las contiendas de competencia que surjan entre diversas autoridades administrativas serán resueltas por el superior jerárquico del cual dependan o con el cual se relacionen. Tratándose de autoridades dependientes o vinculadas con distintos Ministerios, decidirán en conjunto los Ministros correspondientes, y si hubiere desacuerdo, resolverá el Presidente de la República (art. 39 Ley 18.575).
- Si surge una contienda de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y tribunales que no sean los tribunales superiores de justicia (excluye a las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema), corresponde resolverla a la Corte Suprema, y
- En caso de un conflicto de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, corresponde su resolución al Senado (artículo 53 N° 3 C.P.E.)

Realice ejercicios n°1 al 3

CLASE 02

b) Los sistemas de organización administrativa

Doctrinariamente se reconocen 2 sistemas de organización administrativa, el régimen o sistema centralizado y el descentralizado:



• El régimen de Centralización Administrativa:

La centralización administrativa es el sistema o régimen de organización administrativa caracterizado por la existencia de una estructura piramidal en la que se vinculan los distintos servicios, en la cúspide de la cual se ubica un poder central que reúne en sí la totalidad de las atribuciones para la satisfacción de las necesidades públicas en todo el territorio del Estado.

En nuestro sistema administrativo, este Poder Central está representado por el Presidente de la República a quien la Constitución encomienda el gobierno y la administración del Estado.

Este régimen se caracteriza por:

- Los órganos, servicios o instituciones extienden su competencia a todo el territorio de la República. Pueden existir órganos zonales o locales, pero todos ellos son dependientes del poder central.
- 2.- Las facultades de decisión se radican en el poder central. Aún cuando los órganos zonales o locales estén facultados para adoptar algunas decisiones, ejercen tal facultad como delegatarios del poder central. En otros términos, estos últimos ejercen atribuciones que no les son propias, sino delegadas por la autoridad central, la que puede retirarlas y reasumirlas en cualquier momento.
 - A esta potestad del poder central de retirar del órgano delegatario las atribuciones y competencias que le ha delegado, se le denomina doctrinariamente jurisdicción retenida y es lo que caracteriza al régimen o sistema de centralización administrativa.
- 3.- Los órganos zonales o locales no existen como entes jurídicos autónomos sino que actúan con la personalidad jurídica y patrimonio del Poder Central (Fisco).
- 4.- Los órganos zonales o locales están sujetos a la fiscalización del poder central, y
- 5.- Tanto las autoridades como los funcionarios de los órganos o servicios regionales, zonales y locales, son nombrados por el Poder Central, del que dependen jerárquicamente.

Dentro del régimen de centralización administrativa, el Poder Central puede entregar atribuciones o funciones a los órganos zonales o locales para que sean ejercidas por éstos con relativa independencia del poder central. En tal caso, opera una modalidad de la centralización a la que se denomina desconcentración y que no altera el carácter centralizado del sistema administrativo. Esta entrega de atribuciones o funciones puede darse en razón de la materia de especial tecnicismo para que sean desarrolladas en todo el territorio nacional,



en cuyo caso se habla de desconcentración funcional, o bien, para que tales atribuciones y funciones sean desarrolladas por el órgano local, en cuyo caso se denomina desconcentración territorial.

Se señalan como ventajas del régimen centralizado la uniformidad de la actividad administrativa, en tanto que se critica por favorecer el centralismo, dificultar el desarrollo de otras zonas del país y por burocratizar y hacer más lentos los procesos.

• Régimen de descentralización administrativa

Hablamos, en cambio, de descentralización administrativa, cuando la satisfacción de necesidades colectivas se realiza a través de órganos o entes independientes del poder central, dotados de personalidad jurídica y patrimonio distintos de éste y que la ley ha dotado de atribuciones y funciones propias.

Características de los servicios descentralizados:

- 1.- Son entidades o servicios creados por ley con independencia del Poder Central.
- 2.- Ejercen potestades y atribuciones propias, que les son entregadas por ley, sea en todo el territorio nacional o en un ámbito territorial determinado.
- 3.- Tienen personalidad jurídica de Derecho Público y patrimonio propio, distintos de la personalidad y patrimonio del Estado.
- 4.- No están subordinados jerárquicamente al poder central, sino que éste sólo tiene atribuciones de supervigilancia respecto de los órganos descentralizados.
 - El control y fiscalización de la actividad de estos órganos corresponde a entes de control externo, independientes del poder central. Por ejemplo, en nuestra legislación están sujetos a fiscalización de la Contraloría General de la República.
- 5.- Las autoridades del órgano descentralizado se generan con independencia del Poder Central, es decir, mediante mecanismos de elección popular.

Si bien, algunos autores, como Silva Cimma, consideran que ésta es una característica esencial, otros autores no lo consideran así y distinguen entre: descentralización democrática, si las autoridades se generan por elección popular (ej. en nuestro país, los Municipios) y descentralización autoritaria, para el caso en que la autoridad del órgano descentralizado sea nombrado por el Poder Central (el caso de los Gobiernos Regionales en nuestro país).

6.- La autoridad superior de los órganos descentralizados nombra directamente a los



funcionarios de éstos.

La descentralización puede ser de carácter funcional (en relación a las tareas o funciones específicas que desarrolla el órgano descentralizado) en todo el territorio del Estado o puede tener base territorial, es decir, el servicio ejerce las potestades y atribuciones que le ha entregado la ley en un territorio determinado.

A favor del sistema descentralizado, se señala que agiliza la gestión administrativa, acerca las decisiones a las autoridades que mejor conocen la realidad regional, zonal o local y permiten el mejor aprovechamiento de los recursos regionales en beneficio de la propia región.

Se le critica, en cambio, que puede postergar el desarrollo de determinadas zonas del país si no se utilizan criterios adecuados para propender al desarrollo armónico y equitativo de todo el territorio nacional y que, puede también generar centralismo regional en torno a la capital regional en que se aglutinan los órganos y autoridades administrativas.

Tanto el régimen de centralización administrativa, aún desconcentrado como el régimen descentralizado permiten mantener la unidad administrativa si se conjugan con las demás bases de la administración antes estudiadas.

La Constitución de 1980 establece como base de la institucionalidad la descentralización y la desconcentración en el caso del régimen centralizado. Dispone en el inciso segundo del artículo 3º que "La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso, en conformidad a la ley". Por su parte, el inciso final de la misma disposición establece como deber de los órganos del Estado el de promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

En Chile coexisten los regímenes de centralización desconcentrada y de descentralización administrativa. Por la naturaleza unitaria del Estado, el gobierno se desarrolla en una estructura piramidal centralizada, aún cuando desconcentrada en algunas de sus funciones, mientras que, la Administración, como se verá, contempla órganos descentralizados funcional y territorialmente de nivel regional y local, tales como los gobiernos regionales y los Municipios.

1.3. La Dotación

Como se señaló anteriormente, para que exista un servicio público es preciso que concurran ciertos elementos, entre ellos, cierto número de personas o agentes instituidos para realizar la función tendiente a dar satisfacción a la necesidad pública que se busca satisfacer. Este elemento queda determinado por la dotación del servicio.

El vocablo dotación alude, en general, al conjunto de personas asignadas a la



Administración del Estado y, particularmente, al personal asignado por ley a cada servicio.

El artículo

El Diccionario de la Real Academia, en este último sentido, define dotación como "Conjunto de individuos asignados al servicio de un establecimiento público, de una oficina, de una fábrica, de un taller, etc." La dotación de personal de un servicio está conformada por el conjunto de "cargos públicos" que la ley ha previsto para el órgano o servicio a objeto de que éste pueda cumplir las funciones públicas que la misma ha radicado en él.

En Chile, sólo la ley puede determinar la dotación de un servicio. Así se desprende del artículo 65, inciso 4° número 2 C.P.E. el cual señala que "corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones".

Así, cada servicio público cuenta con una dotación de personal que le ha sido asignada por la ley y que se organiza en un sistema disciplinado y jerarquizado que permiten que la Administración y sus distintos órganos, como entes abstractos que son, cumplir sus funciones y actuar en la vida jurídica.

1.4. El Principio de Jerarquía Administrativa

En el régimen de Administración Centralizada los distintos órganos se organizan en una estructura piramidal en cuya cúspide se ubica el órgano o autoridad superior que la doctrina administrativa denomina "jerarca". En Chile, el jerarca, el supremo administrador, es el Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, que dispone que "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, (...)"

Esta estructura organizativa es jerarquizada, es decir, cada servicio u órgano y, dentro de ellos, sus funcionarios, ocupan una determinada jerarquía o posición en la estructura.

La jerarquía ha sido definida por la jurisprudencia administrativa como "el vínculo que une a órganos y funcionarios en una relación de superior a inferior, creando entre ellos un nexo de subordinación y dependencia." (Dictámenes Nº 7.535; 15.448 y 28.845 de 1992 de Contraloría General de la República). Rige el principio de jerarquía, en consecuencia, tanto en la relación entre los distintos órganos como, dentro de cada uno de ellos, entre las personas que desarrollan sus funciones. La organización jerárquica que caracteriza a la Administración permite armonizar la actividad de los distintos servicios y, dentro de ellos, el desarrollo de las tareas, para el mejor cumplimiento de la función pública.



Hemos señalado que la estructura jerárquica se da en la Administración centralizada. En consecuencia, las instituciones semifiscales, las empresas fiscales y los servicios autónomos o descentralizados no se encuentran subordinados jerárquicamente al Presidente de la República, al que sólo corresponde la supervigilancia de éstos en el cumplimiento de las funciones que la ley les ha asignado.

Respecto de los órganos y servicios sujetos a la supervigilancia del poder central, la autoridad superior de la Administración sólo interviene en ciertos actos relevantes que emanan de dichos órganos, tales como el nombramiento de su autoridad superior (Gobiernos Regionales), de todos o algunos de sus integrantes (Banco Central, Tribunal Constitucional, directorio de empresas estatales, etc.), la aprobación de su presupuesto anual y la fijación de su planta de personal.

El principio de jerarquía administrativa se recoge en nuestra legislación, tanto en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, como en el Estatuto Administrativo.

La jerarquía administrativa comprende dos elementos:

Autoridad jerárquica del superior

Este primer elemento se manifiesta en:

- Poder de mando, en virtud del cual el superior tiene la atribución de impartir órdenes a sus subordinados;
- Potestad disciplinaria, en virtud de la cual el superior puede y debe fiscalizar el cumplimiento de las funciones por sus subordinados y aplicar sanciones, en la forma y casos previstos por la ley, cuando tales obligaciones no se cumplen;
- Jurisdicción retenida que, además, de ser la potestad de reasumir las funciones delegadas en los subalternos, permite al órgano superior jerárquico, cuando es requerido, anular, suspender o modificar las decisiones adoptadas por el inferior, salvo que este último esté dotado de competencia exclusiva y única. Para tal efecto, la ley consagra el denominado recurso jerárquico, recurso administrativo no contencioso no sujeto a formalidades que puede interponer ante la autoridad superior quien se ha visto afectado por la decisión del órgano o autoridad subordinada jerárquicamente a la anterior, y
- Jurisdicción de conflictos. Esta potestad habilita al superior jerárquico para resolver los conflictos o contiendas de competencia que se produzcan entre sus subordinados.

Subordinación administrativa del inferior

Es la obligación del inferior de obedecer las órdenes que le imparten sus superiores.

El sistema administrativo chileno consagra el principio de la obediencia reflexiva. Es decir, el inferior está obligado a obedecer las órdenes o instrucciones del superior, dentro del



marco del principio de legalidad, esto es, en cuanto ellas se ajusten a la legalidad vigente.

Así, el Estatuto Administrativo consagra la institución de la representación que permite al funcionario que recibe de su superior una orden que estima ilegal hacer ver tal situación a éste, lo que deberá hacer por escrito y con copia al jefe superior del servicio. Si el superior que impartió la orden ilegal, insiste por escrito en ella, el funcionario debe cumplirla. No obstante, habiendo representado en la forma señalada la orden o instrucción, el funcionario queda liberado de responsabilidad por los perjuicios que esa orden pueda causar, recayendo ella directamente en el superior.

En oposición existe el principio de la obediencia absoluta, por el cual el funcionario debe derechamente limitarse a obedecer la orden o instrucción que se le ha impartido. Este sistema impera, por lo general, en los regímenes militares.

1.5. División de las Funciones Públicas

Esta base orgánica de la Administración del Estado se funda tanto en una necesidad práctica de separar las funciones en órganos y autoridades diversas para asegurar la eficacia y la expedición en la respuesta a las necesidades colectivas como en la diversa naturaleza de tales necesidades que demandan procedimientos y formas distintas de respuesta.

Desde luego, la base de la división de las funciones públicas es la moderna concepción del principio de separación de poderes o preeminencia de funciones nacido del constitucionalismo clásico y que distingue entre las funciones legislativa, jurisdiccional y ejecutiva del Estado, a la que se agrega, posteriormente la función de control.

Mientras la función legislativa tiene por finalidad hacer las leyes, la jurisdiccional tiene por objeto administrar justicia. Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, se denomina función administrativa al conjunto de funciones que se desarrollan por la Administración del Estado y que involucran tanto la función administrativa propiamente tal como la función de control.

Desde el punto de vista de esta disciplina, la función administrativa se subdivide en:

- Función administrativa propiamente tal o administración activa: se radica en los distintos servicios públicos que actúan como colaboradores del Presidente de la República en su función de administrar el Estado y en los órganos o servicios descentralizados.
- La función administrativa fiscalizadora: es aquella entregada por la Constitución Política a un órgano autónomo del Poder Administrativo, que por ende no administra, sino que controla la legalidad de los actos de la Administración.
- La función administrativa contenciosa: se traduce en la acción de la órbita judicial que resuelve las reclamaciones contra los actos administrativos arbitrarios.



A su vez, la función administrativa propiamente tal o activa se subdivide en:

- Funciones públicas deliberantes: son las que ejerce un órgano al que la ley ha dotado de la facultad de adoptar decisiones o resoluciones con arreglo a derecho.
- Funciones públicas ejecutivas: tienen por objeto aplicar o hacer efectiva las resoluciones o decisiones adoptadas por un órgano o autoridad.
- Funciones públicas consultivas: corresponden a labores de asesoría técnica que apoyan al administrador en la toma de decisiones. Las opiniones de los órganos consultivos no obligan, sin embargo, a la autoridad llamada a decidir o resolver. Es frecuente la creación de órganos consultivos por la propia autoridad administrativa con el objeto de reunir a expertos que analicen y propongan a la autoridad alternativas o prioridades en la toma de decisiones. Es importante destacar que los órganos consultivos carecen de facultades decisorias.

1.6. Destinación de medios económicos necesarios para el desarrollo de la actividad administrativa

Se señaló anteriormente, como elemento del servicio público, una cantidad de recursos económicos asignados a la satisfacción de la necesidad pública.

Para su regular funcionamiento la administración y los distintos servicios que la componen requieren de una cantidad de recursos económicos para su funcionamiento, que le permiten contar con los bienes materiales que ello demanda, solventar las remuneraciones de sus funcionarios y también otorgar las prestaciones o realizar las inversiones que constituyen el objeto mismo del servicio.

En general, estos recursos son previstos anualmente en la Ley de Presupuestos para el Sector Público, ley que, como hemos visto, es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Excepcionalmente, algunos servicios están facultados para cobrar a sus usuarios los servicios que prestan. Sólo la ley puede autorizar a un servicio para cobrar sus prestaciones y dichos cobros deberán ser racionales y proporcionados a los beneficios de que se trata.

Se trata de la aplicación del principio de contribución social o requerimientos que se funda en la idea de que el interés público general prima sobre el interés particular, de manera que se exige a las personas un sacrificio patrimonial razonable en miras del funcionamiento de la administración y la prestación de servicios generales a través de sus servicios.



1.7. La Probidad Administrativa

El diccionario de la lengua española es categórico a la hora de definir el vocablo probidad. Su única acepción es honradez. La probidad, en consecuencia, es la honradez, la rectitud con que debe ejercerse la función pública.

Desde el año 2005, el principio de probidad se consagra con rango constitucional y como base de la institucionalidad en la Constitución Política de la República: "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones" (artículo 8º inciso primero CPR).

El artículo 52 de la Ley de Bases Generales de la Administración del estado lo define, indicando que "consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular".

Este principio se recoge y desarrolla en la ya citada Ley de Bases (art. 7º) y en el Estatuto Administrativo (artículo 61 letra g)) y obliga a todas las autoridades, funcionarios y personas que se desempeñan en la Administración del Estado. El deber de probidad administrativa se manifiesta en diversas prohibiciones e incompatibilidades que afectan a quienes se desempeñan en la Administración, tales como la prohibición de intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tenga interés el propio funcionario o sus parientes que la ley indica; la prohibición de actuar directa o indirectamente contra los intereses del Estado; a la prohibición de recibir dádivas o hacerse prometer donativos, etc.

1.8. El Control de la Administración

El principio de control se relaciona íntimamente con otras de las bases de la Administración, tales como la idea de una Administración al servicio de la persona humana, el respeto a los derechos fundamentales, el principio de legalidad y los principios de probidad y de transparencia.

El propósito del control es, por sobretodo, prevenir y evitar que los órganos del Estado puedan afectar arbitraria e injustamente los derechos de los administrados y la vigencia del principio de control de la función administrativa; este principio, junto con el de legalidad y de responsabilidad, es consustancial a la idea de un estado de derecho.

El control busca asegurar el cumplimiento de las leyes que rigen a la Administración y el apego de ésta a los procedimientos y formas por ella previstas. Ningún órgano de la Administración escapa al control el que se ejerce tanto respecto de los órganos centralizados como de los descentralizados.

El control puede clasificarse desde distintos puntos de vista:



Desde el punto de vista del objeto del control se distingue entre el control jurídico que vela por la constitucionalidad y legalidad de los actos de la Administración; el control contable o financiero que resguarda la correcta recepción de los ingresos públicos y la corrección de los giros, egresos y gastos del Estado.

Desde el punto de vista de la oportunidad se distingue entre el control preventivo o a priori que se realiza antes de perfeccionarse el acto a objeto de prevenir la ejecución de actos contrarios a la normativa vigente y el control represivo o a posteriori, que se realiza después de perfeccionarse el acto y tiene por objeto su invalidación, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad del agente, cuando el acto ejecutado fue contrario a derecho.

Finalmente, desde el punto de vista del órgano que realiza el control, éste puede ser: Control interno que se desarrolla dentro del respectivo órgano o servicio por una unidad específica de control (Unidades de Control Interno) o bien, a través del denominado control jerárquico, la obligación de control sobre las actuaciones de sus subalternos que pesa sobre el superior jerárquico. Y control externo y que puede adoptar la forma de control previsto por la Constitución o la ley entre órganos del Estado (sistema de frenos y contrapesos) o el que ha sido radicado en órganos autónomos e independientes de todo otro poder del Estado, creados por la Constitución o la ley con ese objeto específico. En Chile, existe un órgano específico de control externo, de rango constitucional, que realiza no sólo el control de legalidad de los actos de la Administración centralizada y descentralizada, sino también el control financiero de la misma. Este órgano es la Contraloría General de la República.

Realice ejercicios nº 4 al 6

CLASE 03

1.9. Otras bases de la Administración consagradas en la ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575)

La ley citada establece un conjunto de principios que dicen relación con la actividad de la Administración. Tales son:

- Principios de permanencia y continuidad de la función pública

La permanencia y continuidad, emanan de los propios fines de la actividad de servicio público del Estado: la satisfacción de necesidades colectivas. Ambas características se transforman en Bases de la Administración en la ley orgánica citada.

- Los principios de eficiencia y eficacia



Estos principios son recogidos en nuestro sistema en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Eficacia significa "capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera". La eficacia, entonces, dice relación con la efectividad en la respuesta, en el cumplimiento de las funciones y tareas asignadas al órgano o servicio de que se trata.

La eficiencia dice relación, en cambio, con la racionalidad en el uso de los recursos. Se trata, en suma, de optimizar tanto el recurso humano como los recursos materiales en el cumplimiento de las funciones y tareas asignadas al órgano o servicio.

- Los principios de publicidad y transparencia de los actos de la administración

El artículo 13 inciso segundo de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado se refiere a este principio, el cual significa que no sólo se debe dar a conocer el acto, sino sus fundamentos y procedimiento, lo cual significa un reforzamiento en la obligación que posee el Estado en el sentido de fundar y explicar sus decisiones.

2. LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CHILENA

Dentro de la orgánica de la Administración puede distinguirse:

- Una Administración Activa, que se desprende de los artículos 24, 110 y siguientes de la Constitución, que colabora con el Presidente en el cumplimiento de sus funciones de gobierno y a través de la cual el Estado desarrolla sus funciones administrativas respondiendo a diversas necesidades colectivas tales como educación, salud, vivienda, seguridad social, etc.
- Una Administración Fiscalizadora, representada por la Contraloría General de la República en su carácter de órgano superior de control externo, según lo disponen los artículos 98 y 99 de la Constitución y la Ley N° 10.336.
- Una Administración Jurisdiccional, representada por los tribunales administrativos especiales (de Cuentas, Aduaneros, de Avalúo, etc.) y además por los tribunales ordinarios que conocen de materias contencioso administrativas.
- Una Administración Concedida, conformada por los servicios públicos concedidos o entregados a particulares, como por ejemplo las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones, concesiones de servicios sanitarios o de redes viales.

Los distintos servicios públicos son creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de la función pública en los distintos ámbitos señalados. En Chile coexiste un



sistema de Administración centralizada y descentralizada, cuyos órganos se integran en virtud del principio de la unidad administrativa.

El artículo 3º inciso segundo de la Constitución establece en forma imperativa que "La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley."

Del tenor de la norma aparece la voluntad descentralizadora del constituyente. No obstante, en un Estado unitario resulta imprescindible mantener la estructura centralizada de los órganos de gobierno y otros servicios que, por la naturaleza de las funciones que desarrollan, requieren estar vinculados jerárquicamente al poder central. Por eso que, el constituyente se pone en la situación de que no sea factible la descentralización administrativa, en cuyo caso, manda al legislador para que, el régimen opuesto, el de centralización administrativa se ajuste a la modalidad o técnica de la desconcentración funcional o territorio.

3. LOS SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

De acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y el artículo 1º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establece la Constitución y las Leyes. En otros términos, con la colaboración de los servicios públicos creados por ellas.

A través de los órganos o servicios que integran la Administración Central, cuya competencia se extiende a todo el territorio de la República y están subordinados a la primera autoridad de la Nación, el Presidente ejerce sus potestades administrativas.

Integran la Administración Central, los Ministerios y los servicios públicos que dependen de éstos.

3.1. Los Ministerios

Los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores.

Son funciones generales de los Ministerios:

- Proponer y evaluar las políticas y planes del respectivo sector.
- Estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo.
- Velar por el cumplimiento de las normas dictadas.
- Asignar recursos.



- Fiscalizar las actividades del respectivo sector.

Cada Ministerio está a cargo de un Ministro de Estado, funcionario de la confianza exclusiva del Presidente de la República encargado de la conducción del respectivo ministerio, en conformidad a las políticas e instrucciones que el primer mandatario imparta (artículos 22 y 23 ley de Bases Generales de la Administración del Estado). Sin perjuicio de ello, el Presidente está facultado para encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado (Ministros) y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional.

El artículo 33 de la Constitución establece que el número de Ministerios, su organización y el orden de precedencia de los mismos serán determinados por ley. En la actualidad existen en Chile 22 Ministerios, cada uno de los cuales tiene a su cargo un determinado "sector", vale decir, un campo específico de actividad en que debe ejercer sus funciones (art. 22 Ley de Bases Generales de la Administración del Estado).

Los Ministerios son los siguientes: Interior; Relaciones Exteriores; Defensa Nacional; Hacienda; Secretaría General de la Presidencia; Secretaría General de Gobierno; Economía, Fomento y Turismo; Ministerio de Desarrollo Social; Educación; Justicia; Trabajo y Previsión Social; Obras Públicas; Salud; Vivienda y Urbanismo; Agricultura; Minería; Transportes y Telecomunicaciones; Bienes Nacionales; Ministerio de Energía; Ministerio del Medio Ambiente además del Servicio Nacional de la Mujer y del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes

En caso de ausencia o impedimento, los Ministros son subrogados por el Subsecretario respectivo y, en caso de existir más de uno, por el de más antigua designación, salvo que el Presidente nombre a otro Secretario de Estado, o que la ley determine para ciertos Ministerios otra forma de subrogación.

En cada Ministerio existe una o más Subsecretarías, a cargo de un Subsecretario, quien es el colaborador inmediato del Ministro y a quien le corresponde coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del Ministerio y cumplir las demás funciones que les señale la ley.

Los Ministerios, salvo las excepciones que contempla la ley, ejemplo: Relaciones Exteriores, Defensa, Secretaría General de la Presidencia, se desconcentran territorialmente a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, las que están a cargo de un Secretario Regional Ministerial, que representa al Ministro en la respectiva Región y que es designado por el Presidente de la República, oyendo previamente al Intendente respectivo.

Si bien en general los Ministerios se rigen por la Ley Orgánica de Ministerios, contenida en el D.F.L. N° 7.912 de 1927, hoy en día prácticamente cada uno tiene su propia normativa orgánica especial.



3.1.1. Ministerio del Interior

Le compete todo lo relativo al gobierno político y local del país, como también la seguridad y el orden público. Ejerce además las relaciones con el Congreso Nacional en todas aquellas materias que no sean de la incumbencia de otro Ministerio. Tiene a su cargo las vinculaciones del gobierno con el Diario Oficial y la numeración y publicación de las leyes. Otorga las cartas de nacionalización y aplica las leyes de residencia y extranjería.

Cuenta con tres Subsecretarías, la de Interior, la de Desarrollo Regional y Administrativo y la de Prevención del Delito. Es el nexo del Presidente de la República con sus representantes territoriales: los Intendentes y Gobernadores.

Depende de este Ministerio la Oficina Nacional de Emergencia y las Fuerzas del Orden (Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones) y, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional, se relacionan con el Presidente los Gobiernos Regionales y las Municipalidades (órganos descentralizados de administración).

3.1.2. Ministerio de Relaciones Exteriores

Le corresponde todo lo concerniente a la conducción de las relaciones exteriores del Estado, en conformidad con las instrucciones que imparte el Presidente de la República. Son funciones de este Ministerio: formular y ejecutar la política exterior del país; intervenir en la tramitación y ejecución de los tratados, convenios o acuerdos suscritos con otros países o con organismos internacionales y llevar un registro de ellos; resguardar los límites y fronteras del Estado; intervenir en el nombramiento de agentes diplomáticos, delegaciones y misiones de Chile en el exterior.

Son servicios dependientes de este Ministerio, la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, el Instituto Antártico Chileno y la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales.

3.1.3. Ministerio de Defensa Nacional

Es la Secretaría encargada de guiar y dirigir la Defensa Nacional. Esta última tiene como principales objetivos conservar la independencia y soberanía del país; mantener la integridad del territorio nacional; concurrir a crear condiciones de seguridad externa y contribuir a la mantención y promoción de la paz y la seguridad internacionales, de acuerdo con el interés nacional. A través de sus distintas subsecretarías están subordinadas al Presidente de la República las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea). Otros servicios dependientes de este Ministerio son: el Instituto Geográfico Militar; el Servicio



Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada de Chile y la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante; el Servicio Aerofotogramétrico de la Fuerza Aérea de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil. Depende también de este Ministerio el Cuerpo Militar del Trabajo, que persigue dedicar parte del contingente militar a labores de infraestructura pública.

3.1.4. Ministerio de Hacienda

Le corresponde la dirección de la política financiera del Estado, la recaudación de las rentas públicas, la aplicación de las leyes monetarias, de bancos e instituciones de crédito, la formulación de la ley anual de presupuestos de la Nación, el estudio y aplicación de la política aduanera, el crédito público, etc.

Sus servicios dependientes son la Dirección de Presupuestos, el Servicio de Tesorerías y la Casa de Moneda de Chile.

Como servicios descentralizados, que se relacionan con el Presidente a través de este Ministerio están, la Dirección de Compras y Contratación Pública y la Dirección Nacional del Servicio Civil.

3.1.5. Ministerio Secretaría General de la Presidencia *

De reciente creación, en 1990, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia "es la entidad asesora gubernamental al más alto nivel encargada de facilitar y coordinar el desarrollo y cumplimiento de la agenda programática y legislativa del gobierno a través de las siguientes acciones:

- Asesorar al Presidente de la República y Ministros de Estado en materias políticas, jurídicas y administrativas y en las relaciones del gobierno con el Congreso Nacional, los partidos políticos y organizaciones sociales.
- Velar por el logro de una efectiva coordinación programática general de la gestión del gobierno.
- Participar en la elaboración de la agenda legislativa y hacer el seguimiento de la tramitación de los proyectos de ley.
- Efectuar estudios y análisis relevantes para la toma de decisiones.

3.1.6. Ministerio Secretaría General de Gobierno

A este Ministerio le compete establecer canales efectivos de comunicación entre gobernantes y gobernados. Entre sus principales funciones están las de actuar como órgano de vinculación entre el Gobierno y las diversas organizaciones sociales; actuar como canal de informaciones del Gobierno, difundiendo las políticas públicas; detectar y atender las



necesidades de comunicación de las diferentes instancias gubernamentales, fomentar la libertad de opinión, expresión e información de la ciudadanía y de los medios de comunicación social y cumplir las funciones de Secretaría de los Consejos de Gabinete (este último es el conjunto de los Ministros de Estado).

A través de este Ministerio se relacionan con el Presidente de la República, dos organismos descentralizados funcionalmente: el Consejo Nacional de Televisión y el Instituto Nacional de Deportes (Chiledeportes).

3.1.7. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo

Le corresponde realizar toda la intervención y supervigilancia que ejerce el Estado en la actividad económica del país. Especialmente debe elaborar los proyectos de fomento y desarrollo de las actividades económicas; promover y coordinar las inversiones fiscales, de las empresas del Estado, orientándolas hacia los fines de reconstrucción y fomento de la producción y determinar, cuando lo estime necesario, el orden de prioridad con que deben ejecutarse los planes de inversión de dichas entidades.

Sus servicios dependientes son el Servicio Nacional de Pesca, el Servicio Nacional del Consumidor, el Instituto Nacional de Estadísticas, el Servicio Nacional del Turismo y la Fiscalía Nacional Económica.

3.1.8. Ministerio de Desarrollo Social

Le corresponde colaborar con el Presidente de la República en el diseño y coordinación, ejecución y evaluación de las políticas sociales, planes y programas de desarrollo e integración social.

Es el órgano encargado de: evaluar técnicamente las iniciativas de inversión pública¹, de proveer de información a las autoridades políticas, órganos del Estado y sociedad civil acerca de la realidad social y económica, de elaborar instrumentos y metodologías para la toma de decisiones de políticas públicas.

En cuanto a sus servicios dependientes y organismos relacionados se encuentran: la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), el Instituto Nacional de la Juventud y el Fondo de Solidaridad e Inversión Inicial (FOSIS).

¹ La evaluación es el examen de la pertinencia política y rentabilidad económica o social de los proyectos e iniciativas de inversión pública.



3.1.9. Ministerio de Educación

Está encargado de formular, evaluar y ejecutar las políticas de educación y cultura y de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; asignar los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades educacionales; asegurar a toda la población el acceso a la educación básica y media; fomentar la educación prebásica y velar por el cumplimiento de las normas relativas a la educación superior; estimular la investigación científica y tecnológica y la creación artística y proteger e incrementar el patrimonio cultural de la nación.

Son servicios dependientes de este Ministerio: la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, el Consejo de Calificación Cinematográfica, la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), la Junta de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) y la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI)

3.1.10. Ministerio de Justicia

Está encargado de relacionar al Poder Ejecutivo con el Poder Judicial y entre sus principales funciones están las de:

- Realizar el estudio crítico de las normas constitucionales y de la legislación civil, penal, comercial y de procedimiento, a fin de proponer al Presidente de la República las reformas que estime necesarias;
- Asesorar al Presidente en los nombramientos de jueces, funcionarios de la administración de justicia y demás empleados del Poder Judicial;
- Asesorar al Presidente en el ejercicio de la atribución especial de velar por la conducta ministerial de los jueces y en otras materias tales como el otorgamiento de indultos;
- Formular políticas, planes y programas sectoriales en diversas materias que competen al Ministerio, tales como la defensa judicial de los intereses del Estado; tratamiento penitenciario y rehabilitación del reo; organización legal de la familia e identificación de las personas; sistemas asistenciales para menores desamparados, que presenten desajustes conductuales o estén en conflicto con la justicia.

Sus servicios dependientes son el Consejo de Defensa del Estado, el Servicio de Registro Civil e Identificación, Gendarmería de Chile, la Superintendencia de Quiebras, el Servicio Médico Legal y el Servicio Nacional de Menores (SENAME).

3.1.11. Ministerio del Trabajo y Previsión Social

Le compete la aplicación de la política de Estado en materia laboral, previsional y de capacitación ocupacional; la supervigilancia de la legislación del trabajo, que realiza a través de la Dirección del Trabajo; la de la política previsional, que cumple por intermedio del Instituto de Normalización Previsional, cuando se trata de la previsión estatal y de la



Superintendencia de Pensiones, respecto de la previsión privada; y la supervigilancia de la política ocupacional por intermedio del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo. Le corresponde también la supervigilancia de la política estatal en materia de crédito popular, a través de la Dirección General de Crédito Prendario.

3.1.12. Ministerio de Obras Públicas

A este Ministerio le corresponde planificar, proyectar y construir obras de infraestructura pública, así como la conservación, explotación y administración de las mismas. Además, le corresponde ejercer la administración del recurso agua a nivel nacional, en relación a su distribución, conocimiento, asignación, uso, conservación y preservación, para lo que cuenta con dos direcciones generales: la Dirección General de Obras Públicas y la Dirección General de Aguas. Además, tiene atribuciones para resolver y llevar adelante las expropiaciones de bienes necesarios para llevar a cabo las obras que se ejecuten.

Todos los Ministerios, servicios autónomos, instituciones o empresas del Estado que tengan facultades para construir y las sociedades de economía mixta en que el Estado o sus instituciones tengan interés o participación pueden encomendar al Ministerio de obras públicas la planificación, proyección o construcción de obras públicas que ellos financien, tales como escuelas, hospitales, edificios para servicios públicos, caminos, puentes, puertos, etc.

Este Ministerio cuenta, además, con un conjunto de servicios dependientes de carácter ejecutor: las Direcciones Nacionales de Arquitectura, de Vialidad, de Obras Hidráulicas y de Obras Portuarias.

Realice ejercicios nº 7 al 9

CLASE 04

3.1.13. Ministerio de Salud

Le corresponde definir, coordinar y fijar las políticas de salud en conformidad a las directrices que señale el Gobierno, garantizando el libre e igualitario acceso a las acciones de salud y de rehabilitación de la persona enferma. Ejecutar acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, asignar recursos y evaluar las actividades del sector.

Vinculado con este Ministerio se creó en 1979 el Sistema Nacional de Servicios de Salud que comprende al conjunto de personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud.



Distintos servicios descentralizados quedan sujetos a la supervigilancia del Presidente de la República a través de este Ministerio:

- Los Servicios de Salud, órganos descentralizados funcional y territorialmente encargados de la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente a su jurisdicción, constituida por los establecimientos asistenciales públicos, municipales de salud primaria, establecimientos públicos y privados de salud en convenio con el Ministerio que atienden las necesidades de salud de la población.
- El Instituto de Salud Pública de Chile.
- E Fondo Nacional de Salud (FONASA).
- La Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.
- La Superintendencia de Salud.

3.1.14. Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU)

Le corresponde formular y supervigilar las políticas nacionales en materia habitacional y urbanística y las normas técnicas para su cumplimiento, como también la administración de los recursos y la coordinación y evaluación metropolitana y regional en materia de vivienda y urbanismo.

Depende de este Ministerio el Parque Metropolitano de Santiago. Se relacionan con el Presidente de la República, a través del MINVU, los Servicios de la Vivienda y Urbanismo de cada Región (órganos descentralizados funcional y territorialmente) cuya principal función es ejecutar en su área territorial las políticas, planes y programas que ordene el MINVU directamente o a través de sus Secretarías Ministeriales.

3.1.15. Ministerio de Agricultura

Le corresponde fomentar, orientar y coordinar las industrias agropecuaria y pesquera del país. Su acción está dirigida a obtener el aumento de la producción nacional, la conservación, protección y acrecentamiento de los recursos naturales renovables y el mejoramiento de las condiciones de nutrición de la comunidad.

Son servicios dependientes de este Ministerio: la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA), el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDAP).

3.1.16. Ministerio de Minería

Es el Ministerio encargado de formular, dirigir y ejecutar la política minera del país,



conforme a las directrices que imparta el Presidente. La misión del Ministerio de Minería, según se define en su sitio web, consiste en "generar, fomentar, difundir y evaluar las políticas y normas que optimicen el desarrollo minero sustentable del país, maximicen su aporte al desarrollo económico social y consoliden su liderazgo internacional". (en http://www.minmineria.cl/).

Son servicios dependientes de este Ministerio, la Comisión Nacional del Cobre y el Servicio Nacional de Geología y Minería.

3.1.17. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

Sus principales funciones son las de proponer las políticas nacionales en materias de transportes y telecomunicaciones, de acuerdo a las directrices del Gobierno y ejercer la dirección y control de su puesta en práctica; supervisar las empresas públicas y privadas que operen medios de transportes y comunicaciones en el país, coordinar y promover el desarrollo de estas actividades y controlar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas que regulan a estos sectores.

Depende de este Ministerio la Junta Aeronáutica Civil, a la que corresponde ejercer la dirección de la aviación comercial en Chile.

3.1.18. Ministerio de Bienes Nacionales

Es el Ministerio encargado del reconocimiento, administración y gestión del patrimonio fiscal (bienes fiscales), la regularización de la pequeña propiedad raíz (saneamiento de títulos de dominio) y el control superior sobre los bienes nacionales de uso público.

3.1.19. Ministerio de Energía

Creado por la ley N 20.402, publicada en el Diario Oficial de 3 de diciembre de 2009, y según lo señala su web institucional, el objetivo general del Ministerio de Energía es elaborar y coordinar los planes, políticas y normas para el buen funcionamiento y desarrollo del sector, velar por su cumplimiento y asesorar al Gobierno en todas aquellas materias relacionadas con la energía.

El sector energía comprende todas las actividades de estudio, exploración, explotación, generación, transmisión, transporte, almacenamiento, distribución, consumo, uso eficiente, importación y exportación, y cualquiera otra que concierna a la electricidad, carbón, gas, petróleo y derivados, energía nuclear, geotérmica y solar, y demás fuentes energéticas.



De él dependen entre otros la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)

3.1.20. Ministerio del Medio Ambiente

La ley 20.417 de 26 de enero de 2010 crea este ministerio. Como lo señala su página web, es el órgano del Estado encargado de colaborar con el presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa. De él depende el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)

3.2 Los Servicios Centralizados de Administración Desconcentrada

Hemos señalado anteriormente que en doctrina se reconocen dos sistemas administrativos, el de centralización y el de descentralización. No obstante, por razones de eficiencia de la gestión, el sistema centralizado admite una modalidad, la desconcentración administrativa, que permite que los servicios públicos pertenecientes a la Administración Central (servicios que, al referirnos a los diversos Ministerios hemos señalado como servicios públicos dependientes de éstos), se desconcentren en el ejercicio de sus funciones e incluso en el manejo de recursos económicos.

El artículo 33 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado se refiere a la desconcentración territorial y funcional.

Dispone que la desconcentración territorial se realice mediante Direcciones Regionales, a cargo de un Director Regional, quien dependerá jerárquicamente del Director Nacional del Servicio, pero para los efectos de la ejecución de políticas, planes y programas de desarrollo regional estarán subordinados al Intendente a través del respectivo Secretario Regional Ministerial. Ejemplos de servicios centralizados de administración desconcentrada territorialmente son la Dirección Nacional de Vialidad y la de Arquitectura del Ministerio de obras Públicas o el Servicio Agrícola y Ganadero dependiente del Ministerio de Agricultura, que cuentan con Direcciones Regionales en las distintas regiones del país.

En cuanto a la desconcentración funcional, se establece que se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio. En este caso, en razón de su especificidad se radican determinadas funciones en un órgano del servicio, las que éste ejerce en todo el territorio nacional.

Como señala el autor nacional Juan Carlos Ferrada Bohórquez "la desconcentración supone la transferencia de competencias de forma permanente de un órgano superior a otro inferior, pero manteniéndola dentro de la misma persona jurídica. De este modo, se pretende



mejorar en la gestión de los asuntos administrativos, sin alterar la línea jerárquica de dependencia entre el órgano central y el desconcentrado." (FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. EL ESTADO ADMINISTRADOR DE CHILE: DE UNITARIO CENTRALIZADO A DESCENTRALIZADO Y DESCONCENTRADO. Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 1999, Vol. 10, No. 1 [citado 11 Marzo 2007], pp. 115-123. Disponible en la World Wide Web: ">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950199000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950199000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950199000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950199000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950199000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950199000200011&Ing=es&nrm=iso>">http://

Un ejemplo de este tipo de órganos es la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

4. LOS SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

La administración descentralizada está constituida por el conjunto de servicios u órganos afectos al régimen de descentralización administrativa. Se trata de órganos que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del fisco, a los que la ley les ha encomendado funciones y les ha dotado de atribuciones para cumplirlas. Es decir, ejercen funciones propias y no delegadas por el poder central.

Se recordará que, además de las ya señaladas, de acuerdo con la doctrina, otra de las características de los órganos descentralizados es que sus autoridades se generan con independencia del poder central, mediante mecanismos de elección popular sea directa o indirecta. Esta última característica (que, en doctrina deberían presentar la generalidad de este tipo de servicios) en Chile se transforma en una excepción pues de los órganos descentralizados que integran la Administración del Estado, sólo las municipalidades generan sus autoridades (Alcaldes y Concejales) mediante elección popular.

Como señalan los profesores Aylwin y Azócar, en la descentralización "el servicio se presta por una persona jurídica pública, creada por el Estado, pero distinta de él, con un patrimonio propio y cierta autonomía respecto del poder central" (AYLWIN AZOCAR, Patricio y AZOCAR BRUNNER, Eduardo, citados por FERRADA BORQUEZ, artículo citado).

4.1. La mayor o menor autonomía de los servicios y órganos de la Administración descentralizada

Si bien, en términos teóricos la descentralización administrativa supone una total autonomía del poder central, en Chile, por su carácter de Estado unitario en cuanto a su forma de Estado y, además, como una manifestación más del fuerte presidencialismo que caracteriza a la forma de gobierno, el poder central mantiene un alto nivel de intervención sobre los órganos descentralizados, muchos de los cuales quedan sujetos a la "supervigilancia" del Presidente de la República, que se ejerce a través de los respectivos ministerios.



La facultad de "supervigilancia" que la ley otorga al poder central sobre los órganos descentralizados autoriza al primero a impartir directrices e instrucciones generales que le permiten asegurar de que tales órganos y servicios, si bien desarrollarán sus funciones con independencia, encaminarán su actuar conforme a las orientaciones y hacia los objetivos y metas de la administración central.

Otras formas en que el poder central tiene injerencia en la esfera de los órganos descentralizados son:

- La designación de sus principales autoridades (directores, miembros de los consejos).
- La designación del jefe superior del servicio descentralizado cuando la ley ha previsto que éste sea de la confianza exclusiva del Presidente de la República; la aprobación de sus presupuestos y sus plantas de empleados.
- La intervención en la aprobación de sus presupuestos de inversiones y las provisiones de recursos que ingresan a los presupuestos de estos órganos destinadas a áreas específicas de inversión (por ejemplo: electrificación, pavimentación de redes viales, educación, etc.) limitando la autonomía del órgano en la distribución de los recursos de inversión de su patrimonio propio.

En consecuencia, la generalidad de los órganos descentralizados en Chile goza de una relativa y no de una total autonomía respecto del poder central.

Como se recordará, existen dos tipos de descentralización:

- La descentralización funcional. Supone la existencia de órganos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio y a los que la ley asigna determinadas funciones para que ejerza con independencia del poder central en todo el territorio de la República. Se encuentra consagrada en Chile en los artículos 3 y 114 de la Constitución y artículos 29 y 30 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- La descentralización territorial, supone la creación de diversos órganos dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio a los que la ley entrega funciones y atribuciones para que sean ejercidas con independencia del poder central en un espacio determinado del territorio. Las unidades territoriales que contempla la división político-administrativa de Chile están constituidas por: la región, la provincia y la comuna. En base a estas unidades territoriales, la Constitución, en los artículos 110 y siguientes, se refiere a los distintos órganos de gobierno y/o administración en cada uno de ellos.

La descentralización territorial implica necesariamente descentralización funcional, pues no se concibe un órgano autónomo cuya acción se circunscriba a un determinado territorio, sin funciones que la ley le haya encomendado cumplir dentro de él. Por eso, algunos autores se refieren a la denominada descentralización territorial como descentralización funcional con base territorial.



En el sistema administrativo chileno existen hoy en día múltiples órganos descentralizados funcionalmente y también territorialmente, los que están dotados de distinto grado de autonomía respecto del poder central. Entre ellos, y atendiendo a sus características, la doctrina en general distingue entre las que se analizarán posteriormente.

4.2. Los Entes Autónomos

Los entes autónomos son órganos o servicios creados con ese carácter por la propia Constitución para satisfacer una función administrativa con independencia del poder central.

Presentan las características generales de los órganos descentralizados: personalidad jurídica de derecho público distinta del Fisco y patrimonio propio, y se distinguen de los demás órganos descentralizados por las siguientes características:

- Su carácter autónomo les es otorgado por la propia Constitución.
- No se rigen por las normas generales de la Administración sino por sus propias leyes orgánicas.
- Estos órganos no están sujetos a la supervigilancia del poder central.
- Tratándose de la mayoría de ellos el Presidente de la República designa a sus autoridades superiores, nombramiento que debe contar con el acuerdo del Senado. Una vez designada dicha autoridad no puede ser removida de su cargo salvo que opere alguna de las causales expresamente previstas en la Constitución o en su ley orgánica constitucional. Hacen excepción a lo anterior las municipalidades, cuya autoridad superior (el Alcalde y los concejales que integran el Concejo Municipal) se generan por elección popular.
- También hacen excepción al control externo a que están sujetos en general los servicios de la Administración.

Cabe advertir que, para algunos autores, los órganos autónomos constituyen una categoría separada de los órganos descentralizados.

Son ejemplos de órganos autónomos de la Administración chilena la Contraloría General de la República (art. 98 CPR) y el Banco Central (art. 108 CPR) y, en el ámbito territorial, la Municipalidad (art. 118 inciso 4º CPR).

4.3. Las Instituciones Semifiscales

Son servicios públicos que han sido creados por el Estado para realizar determinados objetivos de interés general, en especial, de carácter social y económico. Por ejemplo el Banco del Estado de Chile, el Instituto de Normalización Provisional (INP) y los Servicios Regionales de Vivienda y Urbanismo (SERVIU).



Reúnen las características generales de los servicios descentralizados y las particularidades que presentan son las siguientes:

- Cuentan con recursos financieros entregados por el Estado cuando se constituyen concurriendo éste a formar su capital (Banco del Estado), o periódicamente para asegurar su funcionamiento (INP, SERVIU).
- La intervención que la ley entrega al Presidente de la República en esta segunda categoría de órganos descentralizados tiene que ver con la designación de sus directores, consejeros o funcionarios, o para la aprobación de sus decisiones más relevantes.
- A diferencia de los órganos autónomos, las instituciones semifiscales quedan afectas a la fiscalización de los órganos de control que la ley y la Constitución han establecido, tales como la Contraloría General de la República (SERVIU), la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Banco del Estado), la Superintendencia de Seguridad Social (INP), según el caso.

4.4. Las Instituciones Fiscales

Las instituciones fiscales que, la doctrina suele tratar conjuntamente con las semifiscales, tienen las características generales de los órganos descentralizados y se diferencian de las semifiscales más bien en aspectos de carácter técnico específico. Uno de los principales aspectos dice relación con los bienes que conforman su patrimonio. Se trata, en este caso, de bienes fiscales afectados a un fin. Son ejemplos de este tipo de instituciones las instituciones estatales de educación superior como la Universidad de Chile.

4.5. Las Empresas Públicas

Son empresas creadas por el Estado para la prestación de servicios de utilidad pública a los integrantes de la comunidad o para producción de bienes esenciales. Estas empresas actúan en el ámbito comercial o empresarial.

En el ámbito de este tipo de actividades sería injusto que el Estado actuara como poder y no en igualdad de condiciones con los particulares que desarrollen la misma actividad. Por esta razón el Estado crea estas empresas que no se rigen por el Derecho Público sino por las normas comunes que rigen la actividad comercial o empresarial que desarrollan, en igualdad de condiciones que las entidades privadas que prestan similares servicios.

Características:



- Reúnen las características generales de los organismos descentralizados.
- Gozan de autonomía para gestionar su patrimonio.
- Están sujetas a la supervigilancia del poder central, que se ejerce de diversas formas, como son, a modo de ejemplo, la designación del Vicepresidente Ejecutivo, el que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, o el nombramiento de representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más relevantes y la aprobación previa de planes de inversión o de planta de sus empleados.
- Son ejemplos de estas empresas: la Empresa de Ferrocarriles del Estado y la Empresa de Correos de Chile, Empresa Nacional de Minería (ENAMI); Empresa Nacional de Petróleo (ENAP); Corporación Nacional del Cobre (CODELCO), Televisión Nacional de Chile.

Además de las distintas categorías de órganos descentralizados mencionadas precedentemente, la doctrina acostumbra a tratar separadamente a dos órganos territorialmente descentralizados: A nivel de región, los Gobiernos Regionales y, en el nivel local, las Municipalidades.

No obstante, antes de estudiar estos órganos de la Administración descentralizada con mayor detención a ellos, nos referiremos brevemente a la prestación de servicios de utilidad pública por particulares.

Realice ejercicios nº 10 al 12

CLASE 05

4.6. Los Particulares y el Servicio Público

El Estado también puede responder a necesidades colectivas con la colaboración de particulares. Así, además de las entidades públicas existen distintas formas en que los particulares intervienen en la prestación de servicio público. Tales son:

a) Los servicios públicos concedidos

Denominados servicios públicos concedidos o servicios públicos de gestión privada, se trata de entidades privadas a las que el Estado les ha encomendado la satisfacción de determinadas necesidades colectivas. La concesión de servicio público tiene como limitación que en ningún caso se podrá entregar a particulares el desarrollo de funciones



jurisdiccionales, de autoridad o de policía.

Ejemplo de este tipo de entidades son las que atienden servicios de utilidad pública como luz, agua potable, transporte colectivo, etc.

b) Las Sociedades de economía mixta

En el derecho chileno se denominan así a ciertas sociedades, a la constitución de cuyo capital concurre alguna entidad pública en conjunto con particulares y que tienen por objeto desarrollar alguna actividad productiva o comercial.

Las primeras de estas sociedades de economía mixta nacen en Chile durante el gobierno de Pedro Aguirre Cerda, desde que en 1939 se crea la CORFO (Corporación de Fomento de la Producción) entidad pública que participa y aporta a la formación de los capitales que dan origen a ENAP, LAN Chile, Empresa Portuaria de Chile, Empresa Marítima del Estado, entre otras.

Hoy son sociedades de economía mixta: PETROX S.A., Polla S.A., ZOFRI S.A., entre otras.

Lo que caracteriza a estas sociedades y las distingue de las empresas del Estado es que:

- No son creadas por ley, sino de acuerdo a las normas del derecho privado.
- Generalmente adoptan la forma de una sociedad anónima en la que concurren fondos públicos y privados a la constitución de su capital;
- Son personas jurídicas de derecho privado, como cualquier otra sociedad empresarial y se rigen por las normas del derecho privado, aún cuando les son aplicables algunas normas de derecho público por razones de control. Así, algunas deben enviar sus balances al Congreso Nacional, requieren autorización previa del Ministerio de Hacienda o por ley para realizar algunos actos.
- Participan en su administración tanto las personas públicas como los particulares que concurrieron a formar su capital.

c) Los establecimientos de utilidad pública

Son entes privados que colaboran con el Estado en la satisfacción de las necesidades por propia iniciativa de los particulares. Ejemplos de estas instituciones son la Universidad Católica de Chile, la Universidad de Concepción, el Hogar de Cristo, la Cruz Roja de Chile, etc.

No son servicios públicos ni se rigen por el Derecho Público. En general son corporaciones o fundaciones regidas por el Derecho Civil.



Como colaboran con el Estado al prestar servicios de utilidad pública, la ley ha previsto ciertos mecanismos que los benefician como exenciones de impuestos, liberación de derechos aduaneros para la internación de bienes y subvenciones que les entrega el Estado. Lo anterior con el propósito de que cuenten con los recursos necesarios para otorgar sus prestaciones en beneficio de la comunidad.

5. LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN CHILE

El inciso primero del artículo 110 de la Constitución establece que: "Para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas".

De esta forma crea las unidades territoriales en que se divide el territorio nacional para el cumplimiento de las funciones ejecutivas del Estado: gobierno y administración.

Es importante recordar que el gobierno implica el ejercicio de la autoridad política del Estado, el conjunto de actividades tendientes al cumplimiento de algunos cometidos esenciales de éste como el orden público y la seguridad exterior, por cuanto ellos implican el ejercicio mismo de la soberanía. La administración, en cambio, es el conjunto de tareas o actividades dirigidas a dar satisfacción a necesidades de la colectividad con fines de desarrollo armónico y sustentable de la Nación.

Del tenor de la norma constitucional citada queda claro que, a nivel regional, se desarrollan –como veremos por órganos diversos- tanto funciones de gobierno como de administración. Ambas funciones están presentes también a nivel provincial. No obstante, a nivel comunal o local sólo se desarrollan funciones de administración y no existen órganos de gobierno.

Atendiendo al carácter unitario del Estado de Chile, el constituyente como criterio o principio fundamental estimó que, mientras las tareas o actividades de Gobierno debían desarrollarse por una estructura centralizada, aún cuando desconcentrada; la administración podía radicarse en órganos descentralizados territorialmente, a objeto de responder en mejor forma a las necesidades de desarrollo de la región y de la comuna.

En este marco las siguientes disposiciones constitucionales se refieren a los distintos órganos de gobierno a nivel regional y provincial y de administración en esos niveles territoriales y a nivel comunal. Debe tenerse presente que todos estos órganos forman parte de la Administración del Estado, desconcentrada o descentralizada territorialmente según el caso y, en tal sentido, se estudiará a continuación a la Administración regional, provincial y comunal.



6. LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL

Dispone el artículo 111 de la Constitución que el gobierno de cada región reside en un Intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El Intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.

La misma norma agrega que la administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región. El gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional y, para el ejercicio de sus funciones, gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

Del texto de la norma constitucional citada queda claro que, mientras el Gobierno se radica en un órgano unipersonal: el Intendente, funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, de quien es representante natural e inmediato en la Región; la administración se radica en un órgano compuesto –constituido por el Intendente y el Consejo Regional- llamado Gobierno Regional, órgano dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio (descentralizado).

Sin perjuicio de las normas constitucionales que establecen las bases de la estructura y funciones de los órganos de gobierno y administración de nivel territorial, el régimen jurídico de gobierno y administración en la región está contenido en la Ley N° 19.175, de 1992, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto N° 291 de fecha 3 de marzo de 1993, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1993 y modificada por la Ley N° 20.035 publicada en el Diario Oficial de 1 de julio de 2005.

6.1. El Gobierno en la Región

La Ley N° 19.175, antes citada, en su artículo primero, establece que "El Gobierno Interior de cada Región reside en el Intendente, quien será el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción. Será nombrado por éste y se mantendrá en sus funciones mientras cuente con su confianza."

Es decir, las actividades o tareas de gobierno se radican en un órgano:

- Unipersonal,
- De la confianza exclusiva del Presidente de la República, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción (Región);
- Se trata de un órgano centralizado y desconcentrado territorialmente, en consecuencia, dependiente jerárquicamente del Presidente de la República.



El Intendente es el jefe superior de un servicio público denominado Intendencia Regional, dotado de personal que colabora con él en el cumplimiento de sus funciones de gobierno interior.

Las funciones del Intendente, como órgano de gobierno están establecidas en el artículo 2º de la Ley 19.175.

6.2. La Administración en la Región

La Constitución de 1980 en el artículo 111 inciso segundo creó los gobiernos regionales como órganos superiores de administración regional, que tendrán por objeto el desarrollo económico, social y cultural de la región.

Los gobiernos regionales son órganos compuestos, integrados por el Intendente como órgano ejecutivo y por el Consejo Regional. Para el cumplimiento de sus funciones, los gobiernos regionales están dotados de personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y de las atribuciones que la ley les ha conferido.

En consecuencia, la administración a nivel regional se radica en un órgano:

- Compuesto, integrado por dos órganos: el Intendente como órgano ejecutivo y el Consejo Regional.
- Descentralizado.
- Dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.
- Regido por su propia ley orgánica constitucional que determina sus funciones, atribuciones y la forma en que ellas se ejercen;
- En estricto rigor no está sujeto a la supervigilancia del poder central.

En cada región existe un gobierno regional que tiene su sede en la capital regional, sin perjuicio de que transitoriamente pueda ejercer sus funciones en otras localidades de la región (art. 15 ley 19.175).

La Constitución, en los artículos 112 y 113 sólo se refiere a algunas de las funciones y atribuciones de los órganos que integran el gobierno regional y dispone que sea una ley orgánica constitucional la que regule a los gobiernos regionales y determine las demás funciones y atribuciones de sus órganos. Este mandato constitucional se cumple en la Ley Nº 19.175 que, en su Título II, artículo 13 y siguientes se refiere a los gobiernos regionales, sus funciones y atribuciones, sus órganos, su patrimonio, etc.

En la administración de las regiones, estos órganos descentralizados de la Administración, deben observar el principio básico del desarrollo armónico y equitativo de sus territorios en los aspectos económico, como social y cultural y en el cumplimiento de sus



funciones deben inspirarse en principios de equidad, eficiencia y eficacia en la asignación y utilización de recursos y en la prestación de servicios; en la efectiva participación de la comunidad regional y en la preservación y conservación del medio ambiente, así como en los principios de la probidad administrativa (art. 14 ley 19.175).

6.2.1. Funciones del Gobierno Regional

El artículo 16 de la Ley Nº 19.175 se refiere a las funciones generales de los gobiernos regionales y los artículos 17, 18 y 19 les entregan, además, funciones específicas en materia de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural, respectivamente.

Son funciones generales del gobierno regional:

- a) Elaborar y aprobar las políticas, planes y programas de desarrollo de la región y su proyecto de presupuesto.
- b) Resolver la inversión de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional. El Fondo Nacional de Desarrollo Regional es un programa de inversiones, creado por la Constitución, con fines de desarrollo regional y compensación territorial, asociado a recursos que se distribuyen entre las distintas regiones del país, y destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de desarrollo social, económico y cultural de la región. Constituye la principal fuente de recursos para inversiones en infraestructura (obras y equipamientos para educación, salud, pavimentación, alumbrado público, electrificación rural, etc.), programas y estudios de interés regional.
- c) Decidir la destinación a proyectos específicos de los recursos de los programas de inversión sectorial de asignación regional. Se trata de programas de inversión de los distintos ministerios en áreas de su cartera (inversión sectorial), cuya distribución a proyectos específicos se entrega al gobierno regional (de asignación regional). Es decir, el gobierno regional decide qué proyectos se van a ejecutar con los recursos de que dispone ese programa (por ejemplo, de pavimentación, mejoramiento de caminos), para la región. Adoptada la decisión por el gobierno regional, es el sector (las direcciones regionales de los servicios dependientes del ministerio respectivo) el que lleva adelante los proyectos a ejecutar.
- d) Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, las que estarán afectas a toma de razón y deberán publicarse en el Diario Oficial.
- e) Asesorar a las municipalidades cuando éstas lo soliciten, especialmente en la formulación de sus planes y programas de desarrollo. El legislador cuidó de evitar que, por esta vía, los gobiernos regionales ejercieran una especie de supervigilancia de los municipios, órganos autónomos de la Administración por disposición constitucional. De ahí que, los gobiernos regionales les prestarán su asesoría "cuando éstas lo soliciten".
- f) Adoptar las medidas necesarias para enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe en conformidad a la ley y desarrollar programas de prevención y protección ante situaciones de desastre. Esta tarea la desarrollan los gobiernos regionales con la



- colaboración de las Oficinas Regionales de Emergencia (OREMI).
- g) Participar en acciones de cooperación internacional en la región.
- h) Ejercer las competencias que le sean transferidas. Se trata de traspasar a los gobiernos regionales competencias de órganos de la Administración Central, para que las desarrollen en sus respectivas regiones. Está en estudio un proyecto para transferir a los gobiernos regionales competencias en materia de planificación territorial que actualmente desarrolla el Ministerio de Desarrollo Social a través de sus Secretarías Regionales Ministeriales.
- i) Mantener relación permanente con el gobierno nacional y sus distintos organismos a fin de armonizar el ejercicio de sus funciones.
- j) Construir, reponer, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, con cargo a los fondos que al efecto le asigne la Ley de Presupuestos. Para el cumplimiento de esta función, el gobierno regional podrá celebrar convenios con las municipalidades y con otros organismos del Estado, a fin de contar con el respaldo técnico necesario. (agregado por Ley N° 20.035 artículo 1° N° 2).

6.2.2. Atribuciones del Gobierno Regional

Para el cumplimiento de las funciones antes señaladas, los gobiernos regionales están dotados de las atribuciones que le entrega el artículo 20 de la ley 19.175, sin perjuicio de las que puedan otorgarles otras leyes. Son atribuciones de los gobiernos regionales:

- Aprobar y modificar las normas reglamentarias regionales que le encomienden las leyes, no pudiendo establecer en ellas, para el ejercicio de actividades, requisitos adicionales a los previstos por las respectivas leyes y los reglamentos supremos que las complementen;
- b) Adquirir, administrar y disponer de sus bienes y recursos conforme a lo dispuesto por la ley;
- c) Convenir con los ministerios programas anuales o plurianuales (de más de un año) de inversiones con impacto regional;
- d) Disponer, supervisar y fiscalizar las obras que se ejecuten con cargo a su presupuesto;
- e) Aplicar las políticas definidas en el marco de la estrategia regional de desarrollo;
- f) Aprobar los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores metropolitanos e intercomunales, y los planes reguladores comunales y seccionales, conforme a lo establecido en los párrafos segundo y tercero de la letra c) del artículo 36:
- g) Formular y priorizar proyectos de infraestructura social básica y evaluar programas;
- h) Proponer criterios para la distribución y distribuir cuando corresponda, las subvenciones a los programas sociales.
- i) Aplicar, dentro de los marcos que señale la ley respectiva, tributos que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación regional y se destinen al financiamiento de obras de desarrollo regional.



6.2.3 Los Órganos del Gobierno Regional(artículo 22° ley Nº 19.175)

El gobierno regional está compuesto por:

a) El Intendente:

Es el órgano ejecutivo del gobierno regional, a quien le corresponde la representación judicial y extrajudicial. Además, preside el consejo regional.

De esta forma, como puede apreciarse, el Intendente tiene un doble rol, es la primera autoridad de gobierno interior en la región y, en tal calidad, representa un órgano centralizado, dependiente jerárquicamente del Presidente de la República y es funcionario de su exclusiva confianza y, a la vez, es uno de los órganos que componen el gobierno regional, entidad autónoma de la Administración, descentralizada territorialmente y, en tal calidad, sus funciones y atribuciones emanan de la ley que de acuerdo al tenor y espíritu de ésta, se ejercen con independencia del poder central.

b) El consejo regional.

Es un órgano colegiado que tiene por finalidad hacer efectiva la participación de la comunidad regional. Está integrado por el Intendente, que lo preside, y un número de consejeros determinado de acuerdo al artículo 29º de la ley orgánica citada, en base al número de provincias que conforman la respectiva región y cantidad de habitantes de la unidad regional.

Los consejeros regionales son elegidos por los concejales de la respectiva región constituidos para este efecto en colegio electoral por cada una de las provincias respectivas. Es decir, los consejeros regionales se eligen por votación popular indirecta (los ciudadanos eligen a los concejales, junto con los alcaldes y, los primeros, constituidos en colegio electoral en cada provincia, eligen a los consejeros regionales que la representarán en el consejo).

El Consejo Regional adopta sus decisiones por mayorías. El Intendente sólo tiene derecho a voz (no vota), salvo que se produzca un empate, en cuyo caso tiene voto dirimente, es decir, su voto determina qué opción gana.

Al Intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional, le competen las funciones que señala el artículo 24º de la ley citada, en tanto que las del Consejo Regional están contenidas en el artículo 36º de la misma ley.

Del análisis de ambas disposiciones queda en evidencia que mientras el Intendente tiene un rol fundamentalmente propositivo en lo que se refiere a la adopción de decisiones del gobierno regional, además de sus funciones ejecutivas; el consejo regional es un órgano normativo, resolutivo y fiscalizador.



Así, mientras al Intendente le corresponde someter al consejo regional los planes, estrategias regionales de desarrollo, el proyecto de presupuesto regional y sus modificaciones, proponer la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que correspondan a la región y de las inversiones sectoriales de asignación regional, entre otras materias, al Consejo Regional le corresponde aprobar o decidir sobre estas materias.

Además, al Consejo Regional le compete fiscalizar el desempeño del intendente regional en su calidad de presidente del consejo y de órgano ejecutivo del mismo, como también el de las unidades que de él dependan, pudiendo requerir del intendente la información necesaria al efecto.

El Intendente tiene la obligación de responder dentro del plazo de veinte días hábiles y por escrito los actos de fiscalización que realice el consejo en su conjunto y las informaciones solicitadas por los consejeros en forma individual.

6.2.4 El Patrimonio del Gobierno Regional (art. 69 LOCGAR)

Es preciso señalar previamente que toda persona natural o jurídica tiene un patrimonio, el que se compone del conjunto de derechos de que es titular la persona y de las obligaciones que ha contraído en favor de otros.

El patrimonio del gobierno regional está compuesto por:

- a) Los bienes muebles e inmuebles que le transfiera el Fisco;
- b) Los bienes muebles e inmuebles que adquiera legalmente a cualquier título y los frutos de tales bienes (se denominan frutos a las cosas naturales o civiles que la cosa produce, tales como las frutas de un árbol, las rentas de una propiedad);
- c) Las donaciones, herencias y legados que reciba, de fuentes internas o externas, de acuerdo a la legislación vigente;
- d) Los ingresos que obtenga por los servicios que preste y por los permisos y concesiones que otorque respecto de sus bienes;
- e) Los ingresos que perciba en conformidad al inciso final del número 20 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (por ley se puede autorizar que tributos que gravan bienes o actividades que tengan una clara identificación regional, se destinen a obras de desarrollo de la región):
- f) Los recursos que le correspondan en la distribución del Fondo Nacional de Desarrollo Regional;
- g) Las obligaciones que contraiga en el desarrollo de sus actividades, en conformidad a la lev
- h) Los derechos y obligaciones que adquiera por su participación en las asociaciones a que se refiere el inciso quinto del artículo 115 de la Constitución Política de la



República (asociaciones con personas naturales o jurídicas para propiciar actividades e iniciativas sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo regional), y

i) Los demás recursos que le correspondan en virtud de la ley.

6.2.5 El presupuesto del gobierno regional artículos 72° y 73° LOCGAR

Por mandato de la Constitución, anualmente la ley de presupuestos del sector público debe asignar a cada gobierno regional los recursos necesarios para solventar sus gastos de funcionamiento.

El presupuesto del gobierno regional constituye, anualmente, la expresión financiera de los planes y programas de la región ajustados a la política nacional de desarrollo y al Presupuesto de la Nación. Este presupuesto considera a lo menos los siguientes programas:

- a) Un programa de gastos de funcionamiento del gobierno regional, y
- b) Un programa de inversión regional, en el que se incluirán los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que le correspondan y los demás que tengan por objeto el desarrollo de la región, incluidos los que para la atención de los problemas de las áreas metropolitanas a que se refiere el artículo 110, se perciban por el gobierno regional conforme a lo dispuesto por el N° 20° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Para estos efectos, los respectivos gobiernos regionales podrán constituir un Fondo de Inversión Metropolitana.

7. LA ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL

A continuación, se estudiará la gobernación como órgano del estado que se encuentra involucrado en la administración provincial.

7.1 La Gobernación, Órgano de Gobierno Interior y de Administración

Las tareas y actividades de gobierno y de administración que a nivel regional se radican en órganos diversos, a nivel provincial se reúnen nuevamente en un mismo órgano: la gobernación.

El artículo 116 de la Constitución dispone que en cada provincia exista una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente. En consecuencia, en el nivel provincial, tanto las funciones de gobierno como las de administración se radican en un órgano centralizado pero desconcentrado territorialmente, por tanto dependiente jerárquicamente del poder central.



La gobernación estará a cargo de un gobernador, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. Es decir, el gobernador es un funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República.

7.2. Funciones del Gobernador

Conforme a la norma constitucional citada, al gobernador le corresponde la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia, de acuerdo con las instrucciones que le imparta el Intendente;

Las demás funciones se encuentran establecidas en la ley Nº 19.175, según lo ordena el constituyente, y habrá que distinguir entre las funciones de gobierno y las que competen al gobernador en materia de administración.

a) Las funciones que le competen como órgano de gobierno interior:

En lo que se refiere a las funciones de gobierno, están establecidas en el artículo 4º de la ley y, entre las principales de ellas, se encuentran las de:

- Ejercer las tareas de gobierno interior, especialmente las destinadas a mantener en la provincia el orden público y la seguridad de sus habitantes y bienes;
- Aplicar en la provincia las disposiciones legales sobre extranjería;
- Autorizar reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público, en conformidad con las normas vigentes.
- Disponer o autorizar el izamiento del pabellón patrio en el territorio de su jurisdicción y permitir el uso de pabellones extranjeros, en los casos que autorice la ley;
- Autorizar la circulación de los vehículos de los servicios públicos creados por ley fuera de los días y horas de trabajo, para el cumplimiento de la función administrativa, así como la excepción de uso de disco fiscal, en conformidad con las normas vigentes;
- Ejercer la vigilancia de los bienes del Estado, especialmente de los nacionales de uso público². En uso de ésta facultad, el gobernador velará por el respeto al uso a que están destinados, impedirá su ocupación ilegal o todo empleo ilegítimo que entrabe su uso común y exigirá administrativamente su restitución cuando proceda;
- Adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe;

44

² Artículo 589 del Código Civil: "Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.



El artículo 5° de la ley permite al gobernador, previa autorización del intendente, designar delegados con atribuciones específicas para una o más localidades, cuando presenten condiciones de aislamiento o cuando circunstancias calificadas lo hagan necesario, pudiendo poner término a la delegación en cualquier momento.

b) Funciones del gobernador como órgano de administración:

En materia de administración, dispone el artículo 44 de la ley que el gobernador tendrá a su cargo la administración superior de la respectiva provincia, en la esfera de atribuciones que corresponden al intendente en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional, y presidirá el consejo económico y social provincial.

Además de las atribuciones que el intendente pueda delegarle, ejercerá las que establece el artículo 45°. Entre las principales están las de:

- Supervisar los programas y proyectos de desarrollo que los servicios públicos creados por ley efectúen en la provincia;
- Proponer al intendente proyectos específicos de desarrollo de la provincia;
- Promover la participación del sector privado en las actividades de desarrollo de la provincia;
- Hacer presente al intendente o a los respectivos secretarios regionales ministeriales, con la debida oportunidad, las necesidades que observare en su territorio jurisdiccional
- Supervigilar los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas, que operen en la provincia.

La estructura administrativa de la provincia se completa con el Consejo Económico Social, órgano colegiado, de carácter consultivo y de participación de la comunidad provincial socialmente organizada, regulado en los artículos 48º al 60º de la LOCGAR.³

Además, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 46°, el gobernador podrá constituir un comité técnico asesor con autoridades de los servicios públicos creados por ley que operen en la región. También se trata de un órgano consultivo.

Realice ejercicios nº 13 al 15

CLASE 06

³ Los órganos consultivos carecen de facultades decisorias, sólo pueden hacer sugerencias o recomendaciones o dar su opinión a la autoridad.



8. LA ADMINISTRACIÓN COMUNAL O LOCAL: LAS MUNICIPALIDADES

El artículo 118 de la Constitución dispone que la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el consejo.

Como ya se señaló anteriormente, en el nivel local, es decir, en la comuna o agrupación de comunas como unidad territorial, la municipalidad sólo desarrolla tareas y actividades de administración. No hay instancias de gobierno interior en ese nivel territorial.

Así queda también en evidencia del inciso cuarto del artículo 118 de la Constitución cuando señala que la finalidad de las municipalidades es "satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna".

Las municipalidades, según dispone la misma norma constitucional, son corporaciones autónomas de derecho público, dotadas de personalidad jurídica distinta del Fisco y que cuentan con patrimonio propio. Este patrimonio está constituido por los bienes, ingresos y aportes que señala el artículo 13° de la ley orgánica constitucional de municipalidades.

Las municipalidades son, en consecuencia, órganos descentralizados funcional y territorialmente y, dentro de ésta categoría, servicios autónomos de la Administración pues, además, se rigen por su propia ley orgánica y no están sometidos a la supervigilancia del poder central.

A diferencia de otros órganos descentralizados de la Administración chilena cuya autoridad superior es nombrada por el Presidente de la República, la autoridad superior del municipio, el alcalde, se genera con total independencia del poder central, desde que es elegido directamente por los ciudadanos a través del sufragio.

8.1. Funciones

Las funciones y atribuciones de las municipalidades están determinadas, de acuerdo al mandato del constituyente, por una ley orgánica constitucional, que también regula otras materias relativas a estas corporaciones. Se trata de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de fecha 9 de mayo de 2006, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 26 de julio de 2006.

La propia ley orgánica de municipalidades clasifica las funciones de las municipalidades en dos categorías:



- Funciones privativas, contempladas en el artículo 3º de la ley. Son aquellas que competen exclusivamente a la municipalidad en el ámbito de su jurisdicción.
- Funciones compartidas, enumeradas en el artículo 4º. Son aquellas que el municipio puede desarrollar directamente o en coordinación con otros órganos o servicios de la Administración del Estado.

8.1.1 Funciones Privativas

Son funciones privativas de la municipalidad:

- a) Elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales;
- b) La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes;
- c) La promoción del desarrollo comunitario;
- d) Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo;
- e) Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo, y
- f) El aseo y ornato de la comuna.

8.1.2 Funciones Compartidas

Son funciones compartidas, las relacionadas con:

- a) La educación y la cultura;
- b) La salud pública y la protección del medio ambiente;
- c) La asistencia social y jurídica;
- d) La capacitación, la promoción del empleo y el fomento productivo;
- e) El turismo, el deporte y la recreación;
- f) La urbanización y la vialidad urbana y rural;
- g) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias;
- h) El transporte y tránsito públicos;
- i) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes;
- j) El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 101 de la Constitución Política;
- k) La promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y
- I) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.



8.2. Atribuciones

De acuerdo al artículo 5º de la ley orgánica de municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tienen las siguientes atribuciones esenciales:

- a) Ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento;⁴
- b) Elaborar, aprobar, modificar y ejecutar el presupuesto municipal;
- c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.
 - En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del consejo económico y social de la comuna, asignar y cambiar la denominación de tales bienes.
 - Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración;
- d) Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular;
- e) Establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen;
- f) Adquirir y enajenar, bienes muebles e inmuebles;
- g) Otorgar subvenciones y aportes para fines específicos a personas jurídicas de carácter público o privado, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de sus funciones. Estas subvenciones y aportes no podrán exceder, en conjunto, al siete por ciento del presupuesto municipal. Este límite no incluye a las subvenciones y aportes que las municipalidades destinen a las actividades de educación, de salud o de atención de menores que les hayan sido traspasadas en virtud de lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3.063, de Interior, de 1980, cualesquiera sea su forma de administración, ni las destinadas a los Cuerpos de Bomberos. Asimismo, este límite no incluye a las subvenciones o aportes que las Municipalidades de Santiago, Vitacura, Providencia y Las Condes efectúen a la "Corporación Cultural de la I. Municipalidad de Santiago", para el financiamiento de actividades de carácter cultural que beneficien a los habitantes de dichas comunas;
- h) Aplicar tributos que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación local y estén destinados a obras de desarrollo comunal, para cuyo efecto las autoridades comunales deberán actuar dentro de las normas que la ley establezca;
- i) Constituir corporaciones o fundaciones de derecho privado, sin fines de lucro, destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura. La participación municipal en estas corporaciones se regirá por las normas establecidas en el Párrafo 1º del Título VI;

⁴ Art. 41 Ley General de Urbanismo y Construcciones "El Plan Regulador es un instrumento constituido por un conjunto de normas sobre adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos, y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento."



- j) Establecer, en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana;
- k) Aprobar los planes reguladores comunales y los planes seccionales de comunas que formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal, y pronunciarse sobre el proyecto de plan regulador comunal o de plan seccional de comunas que no formen parte de un territorio normado por un plan regulador metropolitano o intercomunal.⁵

Las municipalidades tendrán, además, las atribuciones no esenciales que le confieren las leyes o que versen sobre materias que la Constitución Política de la República expresamente ha encargado sean reguladas por la ley común.

Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales.

Cualquier nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo.

El inciso final de esta disposición faculta a las municipalidades para asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios, de acuerdo con las reglas establecidas en el Párrafo 2º del Título VI.

8.3. Instrumentos de Gestión Municipal

Según dispone el artículo 6º de la Ley orgánica constitucional de municipalidades, la gestión municipal contará, a lo menos, con los siguientes instrumentos:

a) El plan comunal de desarrollo y sus programas.

Es el principal instrumento de planificación y gestión municipal. Se funda en la idea de la construcción de un proyecto de comuna hacia el que debe orientarse el quehacer municipal, promoviendo iniciativas y proyectos que impulsen el desarrollo económico, social y

⁵ Los planes reguladores intercomunales y metropolitanos son instrumentos de planificación urbana constituidos por un conjunto de normas y acciones destinadas a orientar y regular el desarrollo físico del área correspondiente. Son elaborados por la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo con consulta a las municipalidades y otros organismos. (arts. 34 y siguientes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones).



cultural de los habitantes de la comuna.

Corresponde a la respectiva municipalidad elaborar su plan de desarrollo comunal, el que tendrá una duración mínima de cuatro años, lo que no significa que, en el intertanto, no pueda ser adecuado a la realidad vigente. Para su elaboración, los municipios deberán tener presente dos criterios fundamentales: participación de la ciudadanía y coordinación con los servicios y organismos públicos que operen o ejerzan competencias en la respectiva comuna.

El plan comunal de desarrollo debe concretarse en un conjunto de programas y proyectos orientados a materializar la visión de comuna planteada en él.

b) El plan regulador comunal

En Chile opera un sistema de planificación urbana regulado en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, entendiéndose por tal el proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socio-económico.

El plan regulador comunal es un instrumento de planificación urbana a nivel comunal, que contiene un conjunto de normas referidas a diversos aspectos urbanísticos, tales como uso de suelos, zonificación, límites urbanos, etc., cuya elaboración y actualización corresponde al respectivo municipio con participación de la ciudadanía y estableciendo la necesaria coordinación con los demás servicios que operen en la comuna.

Deben ser evaluados a lo menos cada 5 años y actualizados si es necesario.

c) El presupuesto del municipio

Constituye anualmente, la expresión financiera de los planes y programas de la comuna ajustados a la política nacional de desarrollo y al Presupuesto de la Nación.

Es importante señalar que el artículo 122 de la Constitución dispone que las municipalidades gocen de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender a sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se le confieran por la ley, o que se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos.

Como no todos los municipios perciben iguales ingresos propios, la disposición constitucional establece que una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país, con el nombre de Fondo Común Municipal.



8.4. Órganos de la Municipalidad

Desde el punto de vista de su estructura, la municipalidad es un órgano compuesto, integrado por el Alcalde y el Concejo Municipal. Las funciones y atribuciones de las municipalidades son ejercidas por el alcalde y por el concejo en los términos que la ley señala.

El Alcalde y los Concejales son elegidos por sufragio universal. La elección se realiza conjuntamente pero en cédulas separadas para alcalde y para concejales. En cada municipio se elige el número de concejales que determina el artículo 72 de la ley en consideración al número de electores en la comuna o agrupación de comunas de que se trata: 6, si son hasta setenta mil electores; 8 sobre setenta mil y hasta ciento cincuenta mil y 10, si tiene más de ciento cincuenta mil electores. El resultado de la elección de concejales se determina mediante un sistema de representación proporcional.

Tanto el Alcalde como los Concejales duran 4 años en sus cargos y, mientras el Alcalde no puede ser reelegido, los concejales pueden serlo.

Los requisitos para ser alcalde son los siguientes:

- Haber cursado la enseñanza media completa o su equivalente;
- Ser ciudadano con derecho a sufragio;
- Tener residencia en la región a que pertenezca la respectiva comuna o agrupación de comunas, según corresponda, a lo menos durante los últimos dos años anteriores a la elección:
- Tener su situación militar al día, y
- No estar afecto a alguna de las inhabilidades que establece la ley No 18.695.

Los requisitos para ser concejal son los mismos, salvo en cuanto al primero de los señalados, puesto que a los concejales sólo les exige la ley saber leer y escribir.

8.4.1. El Alcalde (art. 56 y siguientes de la ley Nº 18.695):

El alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponde su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.

Además de referirse la ley a la subrogación (reemplazo temporal del alcalde), establece que, en caso de vacancia⁶ del cargo de alcalde, el concejo procederá a elegir un

_

⁶ Se produce la vacancia del cargo en caso de fallecimiento de su titular o cuando éste se ve impedido de ejercerlo durante todo el periodo que le resta.



nuevo alcalde, que complete el período, de entre sus propios miembros y por mayoría absoluta de los concejales en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. De no reunir ninguno de ellos dicha mayoría, se repetirá la votación, circunscrita sólo a los dos concejales que hubieren obtenido las dos mayorías relativas. En caso de no lograrse nuevamente la mayoría absoluta en esta segunda votación, o produciéndose empate, será considerado alcalde aquél de los dos concejales que hubiere obtenido mayor número de preferencias ciudadanas en la elección municipal respectiva.

Atribuciones del Alcalde

Para el cumplimiento de las funciones de la municipalidad, el alcalde ha sido dotado por ley de un conjunto de atribuciones, entre las que se distinguen aquellas que ejerce en forma exclusiva, contempladas en el artículo 63 y aquellas para cuyo ejercicio requiere del acuerdo del concejo municipal, establecidas en el artículo 65.

Son atribuciones privativas del alcalde (art.63):

- a) Representar judicial y extrajudicialmente a la municipalidad;
- b) Proponer al concejo la organización interna de la municipalidad;
- c) Nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia de acuerdo con las normas estatutarias que los rijan;
- 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;
- f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley;
- g) Otorgar, renovar y poner término a permisos municipales:
- h) Adquirir y enajenar bienes muebles;
- i) Dictar resoluciones obligatorias de carácter general o particular;
- j) Delegar el ejercicio de parte de sus atribuciones exclusivas en funcionarios de su dependencia o en los delegados que designe, salvo las contempladas en las letras c) y d). Igualmente podrá delegar la facultad para firmar, bajo la fórmula "por orden del alcalde", sobre materias específicas;
- k) Coordinar el funcionamiento de la municipalidad con los órganos de la Administración del Estado que corresponda;
- I) Coordinar con los servicios públicos la acción de éstos en el territorio de la comuna;
- m) 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 34 de la Ley Nº 18.575;
- n) Convocar y presidir, con derecho a voto, el concejo; como asimismo, convocar y presidir el concejo económico y social comunal;
- o) Someter a plebiscito las materias de administración local:



- p) Autorizar la circulación de los vehículos municipales fuera de los días y horas de trabajo, para el cumplimiento de las funciones inherentes a la municipalidad, y
- q) Remitir oportunamente a la Contraloría General de la República un ejemplar de la declaración de intereses, exigida por el artículo 61 de la ley N° 18.575.

El alcalde requerirá el acuerdo del concejo (artículo 65) para:

- a) Aprobar el plan comunal de desarrollo y el presupuesto municipal, y sus modificaciones, como asimismo los presupuestos de salud y educación, los programas de inversión correspondientes y las políticas de recursos humanos, de prestación de servicios municipales y de concesiones, permisos y licitaciones. El artículo 56 establece el deber del alcalde de presentarlos oportunamente y en forma fundada al concejo;
- b) Aprobar el plan regulador comunal, los planes seccionales y el proyecto de plan regulador comunal o de plan seccional en los casos a que se refiere la letra k) del artículo 5º. También el artículo 56 establece su presentación oportuna y fundada como un deber del alcalde;
- c) Establecer derechos por los servicios municipales y por los permisos y concesiones;
- d) Aplicar, dentro de los marcos que indique la ley, los tributos que graven actividades o bienes que tengan una clara identificación local y estén destinados a obras de desarrollo comunal:
- e) Adquirir, enajenar, gravar, arrendar por un plazo superior a cuatro años o traspasar a cualquier título, el dominio o mera tenencia de bienes inmuebles municipales o donar bienes muebles:
- f) Expropiar bienes inmuebles para dar cumplimiento al plan regulador comunal;
- g) 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, y ponerles término;
- h) Transigir judicial y extrajudicialmente;
- i) Otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término. En todo caso, las renovaciones sólo podrán acordarse dentro de los seis meses que precedan a su expiración, aun cuando se trate de concesiones reguladas en leyes especiales;
- j) Dictar ordenanzas municipales y el reglamento a que se refiere el artículo 31;
- k) Omitir el trámite de licitación pública en los casos de imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley;
- I) Convocar, de propia iniciativa, a plebiscito comunal, en conformidad con lo dispuesto en el Título IV:
- m) Readscribir o destinar a otras unidades al personal municipal que se desempeñe en la unidad de control;
- n) Otorgar, renovar, caducar y trasladar patentes de alcoholes. El otorgamiento, la renovación o el traslado de estas patentes se practicará previa consulta a las juntas de vecinos respectivas, y
- o) Fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas



alcohólicas existentes en la comuna.

8.4.2. El Concejo Comunal

A él se refiere el artículo 119 de la Constitución, señalando que tendrá por misión hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y tendrá las demás atribuciones que le encomiende la ley orgánica respectiva.

Deja a la ley orgánica constitucional la determinación de las normas sobre su organización y funcionamiento y las materias en que la consulta del alcalde al mismo será obligatoria y aquéllas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste, incluyendo expresamente en estas últimas la aprobación del plan comunal de desarrollo del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos.

El concejo comunal está regulado en el artículo 71º y siguientes de la Ley Nº 18.695.

Por definición de la ley orgánica constitucional, se trata de un órgano 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.

Atribuciones del concejo (art.79)

Al concejo le corresponderá:

- a) Elegir al alcalde, en caso de vacancia;
- b) Pronunciarse sobre las materias que enumera el artículo 65 de esta ley;
- c) Fiscalizar el cumplimiento de los planes y programas de inversión municipales y la ejecución del presupuesto municipal;
- d) Fiscalizar las actuaciones del alcalde y formularle las observaciones que le merezcan, las que deberán ser respondidas por escrito dentro del plazo máximo de veinte días;
- e) Pronunciarse respecto de los motivos de renuncia a los cargos de alcalde y de concejal;
- f) Aprobar la participación municipal en asociaciones, corporaciones o fundaciones;
- g) Recomendar al alcalde prioridades en la formulación y ejecución de proyectos específicos y medidas concretas de desarrollo comunal;
- h) Citar o pedir información, a través del alcalde, a los organismos o funcionarios municipales cuando lo estime necesario para pronunciarse sobre las materias de su competencia.
- i) Elegir, en un sólo acto, a los integrantes del directorio que le corresponda designar a la municipalidad en cada corporación o fundación en que tenga participación, cualquiera sea el carácter de ésta o aquélla. Estos directores informarán al concejo acerca de su gestión, como asimismo acerca de la marcha de la corporación o fundación de cuyo directorio formen parte;



- j) Solicitar informe a las empresas, corporaciones o fundaciones municipales, y a las entidades que reciban aportes o subvenciones de la municipalidad. En este último caso, la materia del informe sólo podrá consistir en el destino dado a los aportes o subvenciones municipales percibidas;
- k) Otorgar su acuerdo para la asignación y cambio de denominación de los bienes municipales y nacionales de uso público bajo su administración, como asimismo, de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales del territorio comunal;
- I) Fiscalizar las unidades y servicios municipales;
- Autorizar los cometidos del alcalde y de los concejales que signifiquen ausentarse del territorio nacional. Requerirán también autorización los cometidos del alcalde y de los concejales que se realicen fuera del territorio de la comuna por más de diez días; y
- m) Supervisar el cumplimiento del plan comunal de desarrollo.
- n) Pronunciarse, a más tardar el 31 de marzo de cada año, a solicitud del consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, sobre las materias de relevancia local que deben ser consultadas a la comunidad por intermedio de esta instancia, como asimismo la forma en que se efectuará dicha consulta, informando de ello a la ciudadanía, y
- ñ) Informar a las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional; a las asociaciones sin fines de lucro y demás instituciones relevantes en el desarrollo económico, social y cultural de la comuna, cuando éstas así lo requieran, acerca de la marcha y funcionamiento de la municipalidad, de conformidad con los antecedentes que haya proporcionado el alcalde con arreglo al artículo 87.

Realice ejercicios nº 16 al 18

CLASE 07

9. TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para dar satisfacción a las necesidades colectivas, los órganos y servicios de la Administración requieren actuar. Como entes abstractos que son, no actúan por sí solos, sino que lo hacen a través de sus agentes (autoridades y funcionarios).

Algunos de los actos que realizan los agentes de la Administración constituyen simples acciones físicas, como por ejemplo, cuando un auxiliar de un servicio realiza el aseo un chofer conduce un vehículo fiscal y se denominan hechos materiales; otros importan actividad de diversos agentes, por ejemplo, cuando se realiza una reunión técnica en un servicio o los profesionales intercambian ideas, a ellos se les denomina actos humanos; también se realizan actos intelectuales como la elaboración de un programa, de los antecedentes de una licitación, etc.



Ninguno de los actos señalados anteriormente producen directamente efectos jurídicos o se realizan con la intención de producirlos. No obstante, existe una categoría de actos que realizan los agentes estatales que producen efectos jurídicos, esto es, crean derechos y obligaciones o producen un cambio en alguna regla o situación jurídica. De acuerdo con la doctrina, a esta última categoría de acto jurídico, pertenece el acto administrativo.

La teoría del acto administrativo es una parte fundamental del Derecho Administrativo, a su desarrollo ha contribuido la doctrina y la jurisprudencia, especialmente de países como Francia e Italia. No obstante, los autores no coinciden en el concepto, alcance, elementos, características y otros aspectos esenciales del acto administrativo y existen diversas posturas sobre la materia.

En el ordenamiento jurídico chileno, desde el 29 de mayo de 2003, fecha en que se publicó en el Diario Oficial la ley Nº 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, el acto administrativo ha sido definido y regulado por la ley. En consecuencia, sin desconocer el notable aporte de destacados autores nacionales en la materia y aún cuando la ley citada no constituye un ejemplo de la mejor técnica legislativa, nuestro estudio del acto administrativo se centrará preferentemente en esta última.

9.1. Concepto Doctrinario

El destacado autor nacional don Enrique Silva Cimma, define el acto administrativo como "la declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo, emitida en función de una potestad o competencia administrativa, y por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstas." (Silva Cimma, Enrique, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992, pág 21).

9.2. El Concepto Legal de Acto Administrativo

El artículo 3º de la Ley Nº 19.880 se refiere al "Concepto de acto administrativo" y establece que:

"Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado, en las cuales se contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.



El decreto supremo es la orden que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República" sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente."

El inciso final de la misma disposición se refiere a las características del acto administrativo, en las se hará alusión más adelante.

De acuerdo, entonces con el concepto legal, se puede definir el acto administrativo como "un acto escrito emitido por un órgano de la Administración del Estado, en el cual se contiene una declaración de voluntad realizada en ejercicio de una potestad pública y que adopta la forma de decreto supremo o resolución, dictamen o declaración de juicio, constancia o conocimiento."

Si bien la ley citada define el acto administrativo "para efectos de esta ley", el alcance de la misma y el ámbito en que se aplica, a los órganos de la Administración del Estado, hace que prácticamente sea un concepto de general aplicación y, en presencia de un concepto legal, debe estarse a éste.

10. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

De los conceptos doctrinario y legal antes citados es posible extraer los elementos del administrativo. Estos son:

10.1. Una Declaración de Voluntad

Constituye la externalización o manifestación de la voluntad del órgano o servicio.

Esta declaración de voluntad puede tener por objeto decidir, produciendo efectos jurídicos, como por ejemplo, cuando mediante un decreto supremo o una resolución se nombra a un funcionario en un cargo público, o bien, emitir una declaración que, sin intención de producir directamente efecto jurídico, emite un juicio, da constancia o manifiesta el conocimiento de un asunto.



10.2. Un Acto Escrito en que se Contenga.

El legislador señala que "Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos."

Si bien la redacción no parece acertada, lo que queda claro es que el acto administrativo adopta la forma escrita. Aún cuando no lo señala expresamente en su concepto, coincide el profesor Silva Cimma en que la voluntad administrativa debe declararse en forma escrita, por el carácter formalista de la Administración.

10.3. Que la declaración de voluntad emane de un órgano de la Administración.

Para el autor nacional citado "No puede existir acto administrativo sin que intervenga un órgano de la Administración declarando o manifestando su voluntad." (Silva Cimma, ob. cit. pág. 43). El artículo 2º de la ley precisa los órganos a los que ésta les es aplicable, precisando de este modo los órganos de la Administración de los cuales emanan actos administrativos. Tales son: "los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, 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."

Este tercer elemento permite distinguir al acto administrativo de los actos legislativos y de los actos judiciales, desde una perspectiva orgánica, es decir, atendiendo al órgano del que emanan.

Por aplicación de esta norma, no constituyen actos administrativos los actos que emanan de particulares que prestan servicio público por la vía de las concesiones, ni los que emanan de las empresas públicas, tales como CODELCO, Ferrocarriles del Estado, la Empresa Nacional de Minería, Metro, etc.

Esta última exclusión ha merecido críticas de la doctrina. Así en relación a esto último señala el autor nacional Germán Boloña Nelly "Creemos que es una omisión demasiado relevante de la ley y el juez, llamado a interpretar la norma legal, debe suplirla, reconociendo, a través de los métodos hermenéuticos mas avanzados, de que la actividad de las empresas públicas pueden generar, en circunstancias bien caracterizadas, actos administrativos." (Boloña Kelly, Germán, "El Acto Administrativo", Editorial Lexis Nexos, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2005, pág. 32).

10.4. Que tal declaración de voluntad que emana de un órgano de la Administración contenga una decisión, una declaración de juicio, constancia o conocimiento.

No existe discusión en doctrina respecto del carácter de acto administrativo de aquellos que contienen una decisión de la administración, es decir, una declaración de



voluntad destinada a producir efectos jurídicos (crear derechos y obligaciones) para la propia administración o para particulares.

Dentro de esta categoría se incluyen los "acuerdos", que según precisa la ley, es el nombre que reciben las decisiones de los órganos pluripersonales o colegiados.

No coinciden en cambio los autores en reconocer el carácter de acto administrativo a las declaraciones de juicio, es decir, el pronunciamiento de un órgano de la administración sobre un determinado asunto de interés de esta última que no crea directamente derechos y obligaciones. Tienen este carácter, por ejemplo, la toma de razón y los dictámenes de la Contraloría General de la República o los que emite la Dirección del Trabajo en materia laboral.

En lo que se refiere a las declaraciones de constancia, tales como actos de registro o certificaciones que realiza un servicio, o de conocimiento, por ejemplo, el trámite de toma de conocimiento que realiza la Contraloría respecto de los decretos alcaldicios, respectivamente, quedaban excluidos de los actos administrativos para la mayor parte de la doctrina nacional, situación que cambia radicalmente a partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.880 que expresamente le da el carácter de acto administrativo a las declaraciones de juicio, constancia o conocimiento.

10.5 Este acto o declaración de voluntad debe ser realizado en ejercicio de una potestad pública o más bien de una potestad administrativa

Las potestades administrativas son las prerrogativas de decisión, de mando, disciplinarias, fiscalizadoras, etc. de que ha sido dotada la autoridad administrativa. En general, suponen un acto unilateral de la Administración, un acto que se forma con la concurrencia de la sola voluntad de ésta.

Por el contrario, no tienen el carácter de actos administrativos los actos bilaterales, es decir, aquellos que nacen de la voluntad de dos partes. De este modo, los contratos y convenciones que un órgano o servicio de la Administración celebra con otro ente público o persona privada no son actos administrativos.

10.6. Que el órgano o servicio actúe dentro de la esfera de su competencia

Pueden concurrir todos los elementos anteriores, pero si el órgano o servicio excede el ámbito de su competencia, el acto será nulo, es decir, carecerá de toda validez, razón por la cual, el profesor Silva Cimma agrega este elemento.



11. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina coincide en señalar como características del acto administrativo, las que se analizarán a continuación.

11.1. Presunción de Legalidad

Todo acto administrativo goza de una presunción de legalidad. Así, lo establece expresamente el legislador en el inciso final del artículo 3º de la ley Nº 19.880.

Esto significa que, en principio, se entiende que todo acto administrativo se ajusta a las normas jurídicas vigentes y, en consecuencia es válido, lo que permite a la Administración ejecutar el acto administrativo desde el mismo momento en que entra en vigencia, salvo como lo señala la ley- "que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez conociendo por la vía jurisdiccional."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, se establecen dos clases de presunciones (artículo 47 del Código Civil). Las presunciones de derecho, que no admiten prueba en contrario, es decir, desde que la ley establece la presunción el hecho que presume se tiene como cierto y, las presunciones simplemente legales, que admiten prueba en contra del supuesto establecido por la ley.

La presunción de legalidad del acto administrativo tiene el carácter de presunción simplemente legal, de manera que quien se ve afectado por el acto administrativo puede impugnarlo (reclamar de su validez o conformidad con la ley) ante la propia autoridad administrativa o por la vía de los recursos que la ley establece ante los tribunales de justicia.

11.2. Imperio y Exigibilidad

También esta característica es reconocida por el legislador en el inciso final del artículo 3º antes citado.

Está relacionada con la anterior, en el sentido de que sólo un acto considerado, ajustado a derecho y válido podría estar dotado de tales características.

El imperio y exigibilidad es lo que permite a la Administración ejecutar, imponer o exigir a los particulares, en forma unilateral (sin que concurra la voluntad de éstos) y obligatoria, el cumplimiento de la decisión que involucra el acto administrativo, aún con el auxilio de la fuerza pública si es necesario.

Ello deriva de que el acto emana de un poder del Estado, el Poder Ejecutivo y, en



consecuencia, del Estado mismo y por ende constituye manifestación de la soberanía, que en su dimensión interna, implica el poder de imperio, es decir, el poder de mando sobre los gobernados.

11.3. Ejecutoriedad

La ejecutoriedad es la propiedad del acto administrativo de que, perfeccionado, se pone en ejecución por la propia Administración, sin necesidad de recurrir a otro Poder del Estado (a los Tribunales) para su cumplimiento.

La regla general está establecida en el artículo 51 de la ley citada, que dispone que "los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad,..." ⁷, es decir, pueden hacerse cumplir o ponerse en ejecución de inmediato por la propia administración.

No obstante, la propia ley establece limitaciones a la inmediata ejecutoriedad. Así, un acto administrativo carece de ella:

- a) Cuando una norma o disposición así lo establece expresamente;
- b) Cuando necesita aprobación o autorización superior y,
- c) Tratándose de los decretos o resoluciones mientras no sean notificados o publicados, según sean de contenido individual o general de ellos (requisitos de publicidad).

11.4. La Irretroactividad

Se traduce en que el acto administrativo solo puede regir para el futuro, es decir, con posterioridad a su dictación y no produce efectos hacia atrás en el tiempo, salvo que una norma expresa lo permita.

Al respecto, el artículo 52 de la ley Nº 19.880 dispone que "Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo...", esta es la regla general. No obstante, agrega de inmediato una excepción y permite que el acto produzca efectos para el tiempo anterior al de su dictación o entrada en vigencia, "cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros."

11.5. Revisibilidad e Impugnabilidad

_

⁷ Debe notarse que la ejecutoriedad alcanza sólo a los actos de la Administración regidos por el Derecho Público, es decir, aquellos que emanan de la Administración actuando como poder y no a los actos de la Administración que se rigen por el Derecho Privado, esto es, aquellos que emanan de un órgano o servicio de la administración cuando se desenvuelve en el ámbito contractual, en una relación de igualdad con los particulares.



Para asegurar que el acto administrativo se ajuste a la legalidad vigente y que sea válido, la ley ha previsto los mecanismos para que el acto administrativo pueda ser revisado. En consecuencia, el acto administrativo tiene esta propiedad de revisibilidad.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española⁸, "revisar" significa "ver con atención y cuidado. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo. De este nuevo examen puede resultar la invalidación total del acto que no se conforma a la ley o adolece de un vicio o de sólo la parte de él afectada por la ilegalidad.

La ley 19.880 trata de la revisión del acto administrativo en su Capítulo IV, artículos 53 al 62.

Establece el artículo 53 "Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario."

8

Como aparece de la norma citada, la revisión del acto puede originarse en la iniciativa de la propia administración (de oficio) o bien en la impugnación del acto por cualquier persona que tenga interés en ello por afectarle los efectos del acto administrativo.

Impugnar, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española significa "combatir, contradecir, refutar. Interponer un recurso contra una resolución judicial."

La impugnabilidad, la posibilidad de contradecir, refutar o interponer un recurso, en este caso, contra un acto administrativo, sólo tiene sentido si el acto es "revisable" y si existe la posibilidad de corregir la situación de ilegalidad por la vía de la invalidación.

Ahora bien, para poner en movimiento la revisión del acto administrativo, los interesados tienen dos vías: la administrativa y la judicial. Ambas, desde luego, son incompatibles por disposición de la ley, es decir, no pueden intentarse al mismo tiempo. Así dispone el artículo 54 que "Interpuesta por un interesado una reclamación ante la

⁸ (Real Academia Española "Diccionario de la Lengua Española", vigésima segunda edición, (en línea), http://www.rae.es/)



Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada." y, en su inciso final, establece que "Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión."

La misma ley establece los recursos que pueden deducirse por vía administrativa.

Realice ejercicios nº 19 al 21

CLASE 08

12. EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Si bien algunos autores consideran que la publicidad es una característica del acto administrativo, podría sostenerse que se trata más bien de un requisito que la ley exige para que éste produzca sus efectos, es decir, un requisito de eficacia.

La publicidad de los actos y procedimientos de los órganos del Estado es un principio establecido con rango constitucional en el ordenamiento jurídico chileno desde la reforma constitucional del año 2005. Consagrada en el artículo 8º de la Constitución, forma parte de las Bases de la Institucionalidad. Sólo una ley de quórum calificado — y no una simple resolución como ocurría antes de la reforma- puede establecer excepcionalmente la reserva o secreto de ellos cuando "la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional."

Esta norma constitucional alcanza a los actos y procedimientos de todos los órganos del Estado, cualquiera sea el poder del estado del que formen parte. Por tanto alcanza tanto a los actos legislativos, como a los judiciales y, desde luego, a los actos y procedimientos administrativos.

En un Estado de Derecho, la Administración debe ser respetuosa de los derechos fundamentales de la persona, por tanto, es natural que esté impedida de ejecutar un acto administrativo que contenga una decisión sin que antes los sujetos a quienes va dirigida tomen conocimiento de ella, entre otras razones, a objeto de que puedan ejercer su derecho a impugnar la decisión que el acto contiene.

En este contexto, el artículo 51 inciso segundo de la ley en estudio establece que "Los



decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general."

Los actos administrativos pueden ser de contenido individual, es decir, sus efectos alcanzan a una o más personas determinadas o, de contenido general, cuando sus efectos alcanzan a un número indeterminado de personas.

Los actos de contenido individual deben ser notificados a los interesados. La ley, en los artículos 45, 46 y 47 regulan la notificación, refiriéndose el artículo 45 a la notificación de carácter expreso, indicando que puede ser por escrito, personales y el 46 se refiere a la notificación tácita en los supuestos en que el o los interesados realicen gestiones que supongan conocimiento del acto.

Los actos de contenido general y los demás que señala la ley deben ser publicados en el Diario Oficial (art. 48).

13. DISTINTOS TIPOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como la actividad administrativa es tan variada y diversa, los actos administrativos en que se manifiesta la voluntad de los órganos de la Administración, también lo son. De ahí que la doctrina atendiendo a distintos criterios tales como el ámbito en que se dicta, aquel en que producirá sus efectos, si afecta a personas determinadas o a un número indeterminado de personas, atendiendo a su contenido, su vigencia en el espacio, etc. elaboran numerosas clasificaciones de ellos.

Para efectos de este curso, se partirá explicando los tipos de actos administrativos que menciona el artículo 3º de la ley Nº 19.880.

En el inciso tercero señala que "Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.", los que define en los dos incisos siguientes:

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión."

Enseguida agrega que "Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias."

13.1. Los Decretos Supremos y las Resoluciones

El inciso cuarto del artículo 3º de la ley Nº 19.880 define el decreto supremo como "la



orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia."

El inciso quinto del artículo 3º define las resoluciones como "los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión."

13.1.1. Requisitos

El decreto supremo debe reunir requisitos de forma y de fondo.

Los requisitos de fondo dicen relación con la competencia y legalidad, en cuanto el Presidente de la República, o el Ministro en su caso, deben actuar en el marco de sus facultades y atribuciones y ajustarse a la Constitución y la ley.

Los requisitos de forma que, en general, deben cumplir los decretos supremos son:

- Debe ser un mandato u orden escrita, requisito que emana de su propio carácter de acto administrativo.
- Debe ser firmado por el Presidente de la República y firmado por el Ministro del ramo respectivo. Excepcionalmente, existen decretos que exigen la firma de más de un ministro, por ejemplo los decretos que declaran un estado de excepción constitucional, o de todos los ministros de Estado. Ejemplos de este último caso son los decretos supremos de declaración de guerra y el de emergencia económica.
- Debe ser numerado por orden correlativo en cada ministerio.
- Debe ser fechado.
- Debe ser imputado correctamente.
- No debe contener alteraciones o enmiendas.

Las resoluciones deben cumplir los mismos requisitos de fondo y de forma, salvo en cuanto deben ser firmados por la autoridad superior del servicio del que emanan.

13.1.2. La Forma del Decreto o Resolución

En cuanto a su forma, tanto los decretos supremos como las resoluciones contienen:

Una parte considerativa, que expone los fundamentos de hecho o motivos de su dictación y las disposiciones constitucionales y legales en que se funda.

Una parte dispositiva que contiene la decisión orden o contenido normativo del decreto que ha de ejecutarse o cumplirse, y



Termina con ciertas palabras sacramentales que dan cuenta de los trámites que el decreto supremo debe cumplir: "Anótese, tómese razón, regístrese, comuníquese y publíquese. La doctrina denomina a estas expresiones "Imperativos del decreto".

13.1.3. Tramitación

a) Firma

La tramitación del decreto supremo se inicia con la firma del Ministro de la cartera respectiva, sea que éste firme "por orden del Presidente de la República" o sea que firme con el Presidente. Tratándose de resoluciones la firma la autoridad superior del servicio del que esta emana.

b) Numeración

En el ministerio respectivo, junto con firmarse por el Ministro, el decreto se anota, esto es, se identifica con el número correlativo que le corresponde y se consigna su fecha. Sólo verificado lo anterior, el decreto supremo va a la firma del Presidente de la República, en caso de que lleve su rúbrica.

c) Anotación en la Contraloría General de la República.

El ingreso del Decreto Supremo (D.S.) o resolución a la Contraloría queda anotado, asignándosele un número de ingreso, para posteriormente enviarlo a la unidad encargada de efectuar su examen y proponer al Contralor su toma de razón, su representación u observaciones si no se ajusta a la Constitución y a las leyes (art. 33 B ley Nº 10.336).

d) Toma de razón

La toma de razón está prevista en el artículo 98º de la Constitución. Constituye un control de legalidad a priori que realiza la Contraloría. Sólo se analizará la legalidad del acto y no su conveniencia y oportunidad. Esto porque la ley orgánica de la Contraloría le prohíbe a este organismo "evaluar aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas."

Si el decreto supremo o resolución cumple con los requisitos de fondo y de forma, el Contralor tomará razón de él y lo devolverá al Ministerio respectivo con constancia de ello.

Si se observan errores de forma en el decreto o resolución, por ejemplo, errores aritméticos, citas erróneas de leyes, omisiones menores, etc. la Contraloría le da curso, no obstante deja constancia en el oficio mediante el cual lo envía tramitado al Ministerio o servicio, de las observaciones.



Si, en cambio, se constata que el decreto supremo o resolución infringe o contraviene la Constitución o la ley, lo representará, esto es, lo devolverá mediante oficio en que explicará las razones y antecedentes en que se funda para considerarlo ilegal. En caso de que se haya verificado la representación, el Presidente tiene la facultad de insistir con la firma de todos sus ministros y, en tal caso, dispone la Constitución que el Contralor queda obligado a tomar razón del decreto o resolución insistido y a dar cuenta de ello, enviando copia del decreto y sus antecedentes a la Cámara de Diputados (art. 99 de la Constitución y 13 de la Ley Nº 10.336).

Ahora bien, el Contralor está facultado por la ley para que mediante resolución fundada pueda eximir del trámite de toma de razón de los decretos supremos (sólo los que se dictan bajo la fórmula "Por orden del Presidente...") o de las resoluciones a uno o más ministerios o servicios, siempre que se refieran a materias que no se consideren esenciales y dispondrá la forma en que se fiscalizarán esos actos administrativos. En consecuencia, no todos los decretos supremos y resoluciones están afectos al trámite de toma de razón. En uso de esta atribución, se dictó el año 1996 la resolución Nº 520 de la Contraloría General de la República, que fijó el texto coordinado, refundido y sistematizado de la anterior resolución Nº 55 de 1992 que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón, que actualmente se encuentra vigente.

k) Registro.

La Contraloría General de la República debe llevar un registro de los decretos supremos y resoluciones relativos al personal de la Administración del Estado (decretos que dispongan nombramientos, ascensos, traslados, sanciones disciplinarias, que den curso a licencias, acepten renuncias, concedan jubilaciones, etc.) y de los que se refieran a los bienes fiscales (compraventas, arriendos de bienes fiscales, permisos, concesiones, etc.), aún los que se encuentren exentos de toma de razón conforme a la Resolución Nº 520 de Contraloría, deben ser enviadas para su registro.

I) Refrendación.

Es un trámite que no cumplen todos los decretos supremos, sino sólo aquellos que ordenan gastos imputables a los ítems del Presupuesto de la Nación (Ley de Presupuestos) o que se cargan a leyes o recursos especiales y que tiene por objeto comprobar si hay fondos en los respectivos ítems o leyes. Este trámite se cumple al interior de cada Ministerio.

m) Comunicación.

Consiste en comunicar o poner en conocimiento de la Tesorería General de la República el decreto, cuando éste implique obligaciones o compromisos para el Estado.



g) Notificación o publicación en su caso.

Los decretos y resoluciones de efectos individuales deben ser notificados en la forma prescrita por la ley a las personas a quienes afectan, en tanto que, los de contenido general deben ser publicados.

Establece expresamente el artículo 48 de la ley Nº 19.880, que deberán publicarse los actos administrativos (por tanto, los decretos y resoluciones) que contengan normas de general aplicación, los que miren al interés general, los que interesen a un número indeterminado de personas, los que se refieran a personas cuyo paradero se ignore, los que ordene el Presidente de la República y aquellos respecto de los que la ley ordene expresamente ese trámite.

13.1.4. Control de los Decretos Supremos

Además del control a priori de legalidad que realiza la Contraloría a través del trámite de toma de razón (Arts. 98 y 99 de la Constitución y 1º y 13 inciso primero de la Ley 10.336), existe un control subsidiario, indirecto y a posteriori, que realiza la Cámara de Diputados, en ejercicio de su facultad exclusiva de fiscalizar los actos de gobierno. (Art. 52 N° 1 CPR).

Realice ejercicios nº 22 al 24

CLASE 9

14.2. Reglamentos, Decretos e Instrucciones

Los decretos supremos constituyen la forma en que se ejerce la potestad reglamentaria del Presidente de la República, atribución especial que confiere a esa autoridad el artículo 32 Nº 6º de la Constitución: "Son atribuciones especiales del Presidente de la República:" "6º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes".

La potestad reglamentaria es "la atribución especial que tiene el Presidente de la República para dictar unilateralmente normas jurídicas generales o especiales (reglamentos, decretos e instrucciones) destinadas al gobierno y administración del Estado, cuando ellas no hayan sido entregadas por la Constitución al dominio del legislador, o bien a fin de reglamentar la aplicación o ejecución de las leyes." (Verdugo, Pfeffer y Nogueira, ob. cit., tomo II,



pág. 98).

Existen dos clases de potestad reglamentaria:

La potestad reglamentaria de ejecución de ley, a que se refiere la última parte del artículo 32 Nº 6 y que tiene por objeto reglamentar, detallar, disponer e instruir para permitir la aplicación de una ley aprobada por el Congreso.

La potestad reglamentaria autónoma que permite al Presidente dictar normas jurídicas en todas aquellas materias que no sean las que el artículo 63º de la Constitución reserva a la ley.

El Presidente ejerce la potestad reglamentaria para el gobierno y administración del Estado. En consecuencia, los actos administrativos que emanan de dicha autoridad o de un Ministro de Estado "por orden del Presidente de la República" pueden también clasificarse, atendiendo al ámbito de la actividad a que se refieren, en dos categorías: actos políticos o de gobierno y actos propiamente administrativos, según tengan por objeto el gobierno o la administración del Estado.

Por otra parte, atendiendo al ámbito o alcance de los efectos del acto administrativo en que se manifiesta la potestad reglamentaria del Presidente de la República, se puede distinguir entre reglamentos, decretos e instrucciones. La clasificación es también aplicable a las resoluciones que dictan las demás autoridades administrativas dotadas por ley de poder de decisión.

Se estudiará enseguida a cada una de estos tipos de decretos o resoluciones. No obstante, es preciso mencionar en este punto que existen algunos decretos supremos que la doctrina menciona separadamente. Corresponden al ejercicio de atribuciones políticas del Presidente de la República, están expresamente previstos y regulados en la Constitución y deben cumplir requisitos especiales o están exentos de algunos de ellos. Tales son:

Los decretos que declaran un estado de excepción constitucional (arts. 39 y siguientes de la Constitución). Presentan, entre otras, las siguientes particularidades: deben ser firmados, además del Presidente, por los Ministros del Interior y de Defensa Nacional; tratándose del estado de asamblea y estado de sitio, el acto administrativo queda sometido a la aprobación del Congreso, igual ocurre a contar de la segunda prórroga del estado de emergencia.

Los decretos supremos mediante los que el Presidente ejerce sus atribuciones durante los estados de excepción presentan la particularidad, en cuanto al fondo, que tienen por objeto suspender o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales que, en cada caso, autoriza la Constitución y, en cuanto a su tramitación, están exentos del trámite de toma de razón.

El decreto de emergencia económica. Está previsto en el artículo artículo 32 Nº 20 de la



Constitución y autoriza al Presidente de la República a decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas exclusivamente de alguna de las situaciones que contempla expresamente la disposición. Debe ser firmado por el Presidente de la República y por todos los Ministros de Estado. El gasto que disponga no puede exceder anualmente, del 2% del monto de los gastos autorizados por la Ley de Presupuestos. El párrafo final del artículo 32 N° 20 establece que: "Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos."

El decreto de declaración de guerra. Requiere autorización previa por ley. Debe dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional y debe estar firmado, además del Presidente, por todos sus Ministros (art. 32 Nº 19).

14.2.1. Reglamentos

Según el diccionario de la Real Academia, el reglamento es:

Una "colección ordenada de reglas o preceptos que por autoridad competente se da para la ejecución de una ley, o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio."

Los reglamentos constituyen una especie dentro del género decreto o resolución, según sea la autoridad de quien emanen. Se caracterizan por cuanto sus efectos alcanzan a un número indeterminado de personas, es decir, son de efectos generales.

Como se trata de actos administrativos de contenido general, los reglamentos deben ser publicados en el Diario Oficial, por lo demás, así lo dispone el artículo 48 de la Ley Nº 19.880.

Los reglamentos pueden emanar:

- Del Presidente de la República o de los Ministros de Estado, en cuyo caso formalmente serán decretos supremos;
- De otros órganos de la administración centralizada y desconcentrada a los que se les han delegado por ley atribuciones reglamentarias. Por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos, el Comité de Defensa del Consumidor.
- Órganos territoriales descentralizados como los gobiernos regionales,
- Otros servicios personificados del Estado (órganos descentralizados funcionalmente, dotados de personalidad jurídica distinta del Fisco), tales como el Banco Central, la Universidad de Chile, el Instituto de Nacional de Estadísticas, el Banco del Estado, etc.



Los que emanan de los órganos centralizados y desconcentrados, de los órganos personificados, adoptarán la forma de resoluciones.

Los Municipios también dictan reglamentos, no obstante se hará alusión a ellos específicamente más adelante, por las particularidades que presentan, especialmente en cuanto a su alcance.

14.2.2. Decretos Simples o Individuales

Se distinguen de los reglamentos porque, en general, son de efectos particulares. Esto significa que sus efectos alcanzan a una o más personas determinadas.

Por lo mismo, para su eficacia, por regla general no requieren ser publicados sino que se notifican a la persona que afectan (interesado). Excepcionalmente deberán publicarse en el Diario Oficial los que afectaren a personas cuyo paradero se ignora; los que el Presidente de la República ordene publicar y los que la ley disponga expresamente que se publiquen (art. 48 Ley Nº 19.880).

La variedad que admiten es inmensa y gran parte de las atribuciones que el artículo 32 confiere al Presidente de la República se ejercen mediante decretos simples.

Éstos pueden emanar directamente del Presidente de la República o de un Ministro, bajo la fórmula por orden del Presidente de la República, en cuyo caso adoptarán la forma de decreto supremo o de otras autoridades dotadas de poder de decisión, centralizadas o descentralizadas y en este caso, serán resoluciones.

Son objeto de simple decreto o resolución, según el caso, los nombramientos de funcionarios públicos cualquiera sea su jerarquía, así el Presidente nombra mediante decreto simple a los Ministros de Estado, embajadores, jefes de servicio, funcionarios de los órganos centralizados, etc.; también se contienen en un decreto simple o resolución la aplicación de una medida disciplinaria, las comisiones de servicios y, en general, las materias relativas al personal y bienes de los ministerios y servicios públicos; el otorgamiento de pensiones, jubilaciones montepíos, etc.; el otorgamiento de indultos particulares (perdón de la pena); la promulgación de una ley aprobada por el Congreso; las adjudicaciones de contratos en las licitaciones y los demás actos relativos a la ejecución de obras públicas; entre muchos otros actos.

14.2.3. Instrucciones

Las instrucciones son las órdenes y prescripciones que la autoridad superior imparte a sus subalternos, en ejercicio de su potestad jerárquica, sea para la aplicación de las leyes y reglamentos o para el cumplimiento de sus funciones.



Si emanan del Presidente de la República se denominan instrucciones o instructivos presidenciales.

Sus efectos alcanzan sólo al interior de la Administración o del servicio que dirige la autoridad que lo dicta y son obligatorios en ese ámbito. No obligan a los particulares, pero éstos pueden exigir su cumplimiento a los funcionarios públicos a los que obliga.

Los actos administrativos que las contienen no están sometidos al trámite de toma de razón.

Las instrucciones pueden emanar, como se señaló, del Presidente de la República para toda o parte de la Administración, de un Ministro de Estado para los órganos y servicios de su dependencia; del jefe superior de un servicio público dirigida a sus subalternos; de la Contraloría General de la República hacia los órganos y servicios sujetos a su fiscalización; de las Superintendencia para las entidades que supervigilan.

14.3. Dictámenes o Declaraciones de Juicio, Constancia o Conocimiento

El inciso sexto del artículo 3º de la Ley Nº 19.880 señala que:

"Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias."

Los dictámenes, entonces, son declaraciones de juicio que hace un órgano de la Administración en ejercicio de sus competencias.

El artículo 8º de la Ley orgánica de la Contraloría Nº 10.336, establece que a esta entidad le corresponde informar sobre diversas materias, vinculadas al Estatuto Administrativo y al funcionamiento de los servicios para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen, y sobre cualquier otro asunto vinculado con la inversión o compromiso de fondos públicos. El artículo 10º inciso tercero de la misma ley establece que es obligación del Contralor la de emitir por escrito su informe a petición de cualquier jefe de Oficina o Servicio, sobre todas las materias de su competencia. Estos informes tienen carácter obligatorio para toda la Administración y no sólo para la oficina o servicio que lo solicitó. En ejercicio de estas facultades, la Contraloría General de la República emite dictámenes. También la Contraloría emite su juicio respecto de las reclamaciones que un funcionario o un particular interpongan en contra de algún servicio público.

Debe precisarse que corresponde también a la Contraloría realizar el control de legalidad previo de los decretos supremos y de algunas resoluciones, lo que se cumple a



través del trámite de toma de razón. La toma de razón es un acto administrativo de juicio y, desde el punto de vista de su objeto es un acto administrativo de control. No obstante, tiene su propia regulación en la ley orgánica de la Contraloría y no se rige, en consecuencia, por la ley Nº 19.880, razón por la que no se incluye en los "actos de juicio" a que hace alusión el artículo 3º de esta última.

Los actos de constancia son aquellos que reflejan o hacen constar algo de manera fehaciente, los de certificación son aquellos que aseguran la existencia de un hecho. Realizan actos de constancia y de certificación especialmente los funcionarios que, por ley, tienen la calidad de ministro de fe.

Por ejemplo, para la constitución de un sindicato, de una asociación de funcionarios y de otras organizaciones laborales y sindicales, actúa como ministro de fe un inspector del trabajo. Este funcionario realiza actos de constancia y de certificación. Así, por ejemplo, le corresponde confeccionar un acta en que dejará constancia de las personas asistentes, de la realización del acto, la fecha en que se realizó y sus principales aspectos. Le corresponde, además, certificar, por ejemplo, si se cumplió el número mínimo de asistentes para constituir la organización. Otro ejemplo de acto de constancia sería la recepción provisoria o definitiva de una obra pública, realizada por una comisión de funcionarios designados al efecto, los que inspeccionan la obra de que se trata y levantan acta dejando constancia del estado de ésta.

Realizan actos de certificación, por ejemplo, el servicio de Registro Civil e Identificación, que otorga certificados de las diversas inscripciones que le corresponde realizar: nacimientos, defunciones, matrimonios, inscripción de vehículos motorizados, etc.

14.4. Los Acuerdos

Conforme al artículo 3º inciso séptimo de la Ley Nº 19.880 "las decisiones de los órganos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente."

Un órgano pluripersonal o colegiado adopta sus decisiones mediante acuerdos. Los acuerdos se adoptan en sus sesiones ordinarias o extraordinarias, siempre que se cumpla el quórum de asistencia que la ley exige. El acuerdo surge de la votación de sus integrantes, cuando se alcanza la mayoría que la ley ha establecido.

Del acuerdo se deja constancia en el acta de la respectiva sesión, suscrita por quien preside el órgano colegiado y por el Secretario en calidad de ministro de fe. Los acuerdos, dependiendo de la entidad de la que emanan se publican o se notifican a la autoridad ejecutiva para su cumplimiento.

Adoptan acuerdos, por ejemplo, el Consejo del Banco Central, el Directorio del Banco del Estado. A nivel territorial, los Consejos Regionales, los que son comunicados al



Intendente por su Secretario Ejecutivo y ministro de fe y se cumplen mediante resoluciones que dicta el Intendente en su calidad de órgano ejecutivo del Gobierno Regional.

14.5. Las Resoluciones de las Municipalidades

Como entidades autónomas que son, las municipalidades se rigen por su ley orgánica constitucional.

Establece expresamente la ley Nº 18.695 en su artículo 12º que las resoluciones que adopten las municipalidades se denominan: ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones.

- Las ordenanzas son normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.
- 2) Los reglamentos municipales son normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad.
- 3) Los decretos alcaldicios son resoluciones que versan sobre casos particulares.
- 4) Las instrucciones son directivas impartidas a los subalternos.

15. LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Del acto administrativo emanan efectos jurídicos que alcanzan a los administrados o a los propios agentes de la administración. Pero, ¿Cuáles son los efectos que produce?

Los autores españoles Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, citados por Silva Cimma, distinguen entre los efectos normales y los efectos anormales del acto administrativo (Silva Cimma, ob. cit., pág. 120 a 122).

Entre los efectos normales (los que normalmente produce) están:

- La presunción de validez. El acto administrativo es válido mientras la autoridad administrativa competente o un tribunal no declare que el acto ha sido inválido.
- La obligatoriedad del acto respecto del administrado (que debe cumplirlo), como respecto de la administración (que debe ejecutarlo).
- Ejecutoriedad del acto. Efecto que tiene su fundamento en los artículos 3 y 51 de la ley 19880, el acto una vez que es dictado y entra en vigencia se cumple de inmediato, incluso con auxilio de la fuerza pública.



Respecto de los efectos anormales (aquellos que, de ordinario o en situación normal no se producen) distinguen:

- Efectos anormales para el administrado. Se producen cuando éste incumple voluntariamente el acto administrativo, en cuyo caso debe responder de los daños o perjuicios que por tal incumplimiento causó, por ejemplo, el particular que por no cumplir con los reglamentos sanitarios en un local de comidas, causa una grave enfermedad a un consumidor, o debe aceptar la imposición de sanciones administrativas, por ejemplo, quien abre un local que se encuentra bajo medida de clausura por el Servicio de Impuestos Internos, puede ser sancionado con multa y un periodo más largo de clausura.
- Efectos anormales para la Administración. Si el acto es incumplido por un agente de la Administración, el acto administrativo puede generar responsabilidad para los titulares de los órganos pertinentes y/o responsabilidad extracontractual del Estado por los perjuicios que con ello cause.

Otro aspecto de interés dice relación con la duración en el tiempo de los efectos del acto administrativo.

Respecto de la prolongación en el tiempo de los efectos para los administrados, los autores españoles antes citados distinguen:

Si se trata de un acto administrativo constitutivo, es decir, del que nacen derechos, y este es favorable para el administrado, los derechos que de él nacen se entienden aplicables desde la total tramitación y notificación o publicación del acto administrativo. Por ejemplo, el decreto que concede un indulto particular, el que otorga un subsidio habitacional.

Si el acto es de carácter declarativo, es decir, que se limita a reconocer un derecho y es favorable para el administrado, produce sus efectos retroactivamente, desde la fecha en que el administrado cumplió con los requisitos para impetrar el reconocimiento del derecho. Por ejemplo, los decretos que conceden pensiones, jubilaciones o montepíos.

Si el acto administrativo, en cambio, es desfavorable para el administrado, sólo producirá efectos desde que se encuentre totalmente tramitado y haya sido notificado o publicado, según corresponda.

Finalmente, en cuanto a la duración de los efectos del acto administrativo cabe señalar que ellos se mantendrán mientras este último subsista, es decir, mientras no se extinga el acto administrativo del que emanan.



En relación con ello, la doctrina nacional, en general, distinguen entre:

| Actos instantáneos: | Son los que se extinguen inmediatamente después de su aplicación. Ejemplo, el que ordena el pago de una multa. |
|---------------------|--|
| Actos transitorios: | Son los que prolongan su vigencia por un periodo de tiempo más largo, pero no en forma permanente. Ejemplo, el que concede un subsidio habitacional. |
| Actos permanentes: | Son los que prolongan su vigencia indefinidamente en el tiempo. Ejemplo, un decreto de nombramiento. |

Realice ejercicios nº 25 al 28

CLASE 10

16. EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El autor nacional Germán Boloña Nelly señala que:

"Se entiende por extinción del acto administrativo, la eliminación o desaparición de él, sea que opere retroactivamente, o sólo hacia el futuro." (Boloña Nelly, ob. cit., pág. 265).

El profesor y ex contralor de la República Enrique Silva Cimma entiende por extinción del acto administrativo "el cese total, completo y definitivo del acto mismo y por consiguiente también de sus efectos."

La extinción del acto administrativo no está regulada en el ordenamiento jurídico chileno.

El acto administrativo se extingue por diversas causales como se estudiará a continuación.

Por el transcurso de plazo



El acto administrativo se extingue cuando transcurre el plazo por el que debe producir sus efectos. Por ejemplo, el decreto o resolución que nombra a un funcionario como suplente de otro de grado superior, por un plazo de 30 días que durará su ausencia.

Caducidad del acto administrativo

La caducidad implica la pérdida de eficacia del acto administrativo por hechos o actos externos con consecuencias jurídicas.

Se producirá la caducidad del acto administrativo, cuando suceden hechos como los siguientes:

El fallecimiento del interesado, es decir, del administrado a quien alcanzaban los efectos del acto administrativo. Por ejemplo, si fallece una persona que gozaba de una pensión de gracia.

La desaparición del objeto del acto. Por ejemplo, caduca el decreto que asigna a un servicio un vehículo motorizado, cuando el vehículo queda destruido.

La derogación de la ley en que se fundaba el acto administrativo. El caso más claro es el del reglamento de ejecución de ley, que deja de tener sentido si desaparece la ley cuya aplicación es objeto de su regulación.

La pérdida de algún requisito para el acto. Por ejemplo, la pérdida de un requisito de ingreso a la administración (la calidad de ciudadano, salud compatible con el desempeño del cargo), determina la caducidad del nombramiento.

Nulidad y revocación del acto administrativo

Advirtiendo que no existe total coincidencia en doctrina en cuanto a la utilización de los vocablos, revocación, invalidación y anulación, se seguirá en esta materia al profesor Silva Cimma.

Distingue el profesor Silva Cimma entre la nulidad del acto administrativo y la revocación.

Mientras la nulidad es la sanción que consiste en dejar sin efecto un acto administrativo que adolece de vicios de ilegalidad, en virtud de una sentencia judicial que así lo declara, es decir, opera por vía jurisdiccional, en la revocación "es la propia Administración del Estado la que tendrá que declarar que un acto suyo se deroga y se deja sin efecto" (Silva Cimma, ob. cit., pág. 153).



Define la revocación como "la medida que adopta la propia Administración Activa tendiente a dejar sin efecto un acto administrativo por causa de mérito, oportunidad o conveniencia, vale decir, cuando la ponderación del bien común así lo hace aconsejable." (Silva Cimma, ob. cit., pág. 154).

La facultad de revocar el acto administrativo corresponde a la misma autoridad de la cual el acto ha emanado, o a la autoridad superior jerárquica. El fundamento de dicha facultad es la denominada potestad revocatoria, que consiste en el poder jurídico que tiene el órgano que emite el acto para volver sobre él y extinguirlo.

La revocación opera siempre hacia el futuro.

Ahora bien, no todos los actos administrativos son revocables. Algunos criterios para determinar qué actos son revocables y los que no lo son, serían los siguientes:

La distinción entre actos administrativos discrecionales, es decir, aquellos que emanan de la mera voluntad de la autoridad y no están regulados por la ley y los actos reglados, que son aquellos que están regulados por la ley en cuanto a su procedencia y formación.

La autoridad dictará los primeros cuando el bien común lo haga aconsejable, es decir, atendiendo a razones de mérito (cuando estime conveniente y oportuno emitir el acto). También razones de mérito pueden hacer recomendable más adelante, revocar el acto administrativo. En consecuencia, los actos discrecionales son, en general, revocables. Por ejemplo, un decreto que dispone la movilización de tropas dentro del territorio nacional. En cambio, tratándose de un acto reglado, es la ley la que determina cuando y como debe dictarse. Desde su dictación produce los efectos que la ley determina y será la ley la que también determine en qué casos o circunstancias el acto puede modificarse o dejarse sin efectos. Por ejemplo, el nombramiento de un funcionario público es un acto reglado, tramitado el nombramiento el funcionario adquiere el derecho al cargo, por disposición de la ley y no podría la autoridad revocar el nombramiento.

Un segundo criterio se basa en la distinción entre los actos de efectos generales, que admiten en general la revocación y los actos de efectos particulares. Tratándose de estos últimos habrá que, a su vez, distinguir entre los que imponen un gravamen al destinatario, por ejemplo una multa, una sanción, que admiten la revocación, y los que conceden un beneficio al destinatario, los que sólo podrán ser revocados mientras el beneficio o derecho que conceden no ingrese al patrimonio del administrado pues, si la revocación ocurre después de ello, el acto atentaría contra el derecho de propiedad garantizado por la Constitución.

• Invalidación del Acto Administrativo

Es la declaración que formula la Administración para dejar sin efecto un acto



administrativo por causa de ilegalidad.

Su fundamento se encuentra en el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Es obligatorio para la administración invalidar los actos que constate son ilegales. Esta obligación pesa sobre las autoridades y jefaturas de servicios por expresa disposición del artículo 64 letra a) del D.F.L. N° 29, Estatuto Administrativo y su incumplimiento puede acarrear la responsabilidad del funcionario que la infringe.

La ilegalidad de un acto administrativo puede originarse en las siguientes causales:

- a) Agente público irregular. Se trata de la infracción al primero de los requisitos de legalidad señalado en el artículo 7º de la Constitución: autoridad regularmente investida de su cargo. Se puede plantear en diversas situaciones; anticipación de funciones, que ocurre cuando una persona asume un cargo antes de su nombramiento o sin mediar el acto que lo inviste en él; prolongación indebida de funciones, por ejemplo, un funcionario que ha sido destituido y sigue desarrollando las funciones del cargo; ilegalidad del nombramiento, constituyen casos de agente público irregular.
- b) Incompetencia. En este caso se vulnera el segundo requisito del principio de legalidad, cual es que la autoridad actúe dentro del ámbito de su competencia.
- c) Vicios de forma. No se cumple en este caso, el tercero de los requisitos mencionados por el artículo 7º de la Constitución para que un órgano actúe válidamente. Se trata en este caso de la vulneración de las normas esenciales del procedimiento administrativo del que nace el acto respectivo. Por ejemplo, la firma del ministro del ramo en los decretos supremos. En este caso, dispone expresamente el artículo 35 de la Constitución que "...no serán obedecidos sin este esencial requisito."
- d) Abuso o exceso de poder. En este caso, la autoridad hace un uso abusivo, arbitrario, caprichoso, injusto o más allá de las potestades que le han sido conferidas, por ejemplo, otorgando derechos a quien no reúne los requisitos legales; impone sanciones excesivas e irracionales, etc.

Otros autores reemplazan esta última causal por la de motivo o causa ilegal. Así, Boloña Kelly señala que "habrá tal vicio o irregularidad cuando los antecedentes de hecho o de derecho condicionantes de su adopción, no existían efectivamente o se habían establecido erróneamente." (Boloña Nelly, ob. cit., pág. 275). Un ejemplo sería el caso de que se otorque una pensión de invalidez que no tiene el grado de invalidez que la ley exige.

• Efectos de extinción del acto administrativo



Declarada la nulidad del acto, o resuelta la revocación o invalidación por la autoridad que corresponda y desde que quede totalmente tramitado el acto que contiene la declaración, cesan los efectos del acto anulado, revocado o invalidado, según sea el caso.

Tratándose de la revocación o invalidación, tal efecto se producirá hacia lo futuro y, excepcionalmente en forma retroactiva si se comprueba que el administrado procedió de mala fe, induciendo a la Administración, a sabiendas del vicio, a dictar el acto que se deja sin efecto.

En el caso de la nulidad (declarada por un tribunal), si produce o no efecto retroactivo, es materia que el tribunal deberá determinar en cada caso.

Convalidación

Declarada la nulidad de un acto administrativo por sentencia judicial, éste no puede sanearse por el transcurso del tiempo y no puede subsanarse ratificando el acto viciado.

La convalidación a su vez implica la posibilidad de que "si un acto adolece de un vicio derivado de la falta de un requisito menor, o existen atisbos de reconocimiento de una voluntad que no aparece explícitamente manifestada, ello pueda ser suplido o llenado por la Administración, a efectos de convalidar, es decir, legitimar ese acto." (Silva Cimma, ob. cit, pág. 125).

Realice ejercicios nº 29 al 31

CLASE 11

17. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo es la forma de elaborar dentro de la Administración un acto administrativo y de regular su ejecución. A continuación se verán sus principales aspectos.

Concepto

En Chile, el procedimiento administrativo está definido en el artículo 18 de la Ley Nº 19.880 como "una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal."



Los actos trámite son aquellos que un órgano o servicio de la Administración emite para mejor resolver un asunto de su competencia. En general, tienen por objeto avanzar en el procedimiento. Por ejemplo, notificar a los interesados en el procedimiento administrativo, fijar día y hora para recibir una prueba, requerir informe de otro servicio, etc.

El acto terminal es aquel con que culmina el procedimiento administrativo y que contiene la decisión administrativa. Por ejemplo, la resolución o decreto que adjudica una licitación, el decreto supremo que concede una pensión, el que nombra a un funcionario, etc.

En el sumario administrativo, por citar un ejemplo concreto de procedimiento administrativo, constituyen actos trámite la designación de fiscal, las citaciones a declarar, la formulación de acusaciones, en tanto que el acto terminal será el decreto o resolución de la autoridad que dispone el sobreseimiento o la aplicación de una sanción administrativa a uno o más funcionarios.

El procedimiento administrativo regulado por la ley en comento rige para todos los órganos y servicios de la Administración señalados en el artículo 2º de la misma. Por tanto es aplicable a los servicios de la Administración centralizada: Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y Servicios Públicos y a la Administración descentralizada: Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad, Gobiernos Regionales y Municipalidades.

No obstante, en el caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, las normas de la ley N° 19.880 tendrán carácter supletorio, es decir, se aplicarán en las materias no comprendidas o que no regule la ley especial.

En lo sucesivo, las referencias a artículos de la ley, lo serán de la ley antes señalada.

Sujetos

Intervienen en el procedimiento administrativo el órgano de la Administración al que compete emitir el acto terminal y los interesados. Se denominan interesados (art. 21) a:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Los interesados pueden actuar directamente o a través de apoderados a los que hayan conferido poder por escritura pública o instrumento privado suscrito ante notario.



Los principios del procedimiento administrativo

Los artículos 4º al 16º establecen los principios a los que está sometido el procedimiento administrativo. Estos son:

- a) Principio de escrituración (art. 5º). El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.
- b) Principio de gratuidad (art. 6º). Las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario.
- c) Principio de celeridad (art. 7º). Implica la impulsión de oficio (sin previo requerimiento) de todos sus trámites. Obliga a las autoridades y funcionarios a deber actuar por propia iniciativa tanto en la iniciación como en la prosecución del procedimiento, haciendo expeditos los trámites y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.
- d) Principio conclusivo (art. 8º). Significa que todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto de decisión, en el que exprese su voluntad (acto Terminal).
- e) Principio de economía procedimental (art. 9°). Se traduce en que deben evitarse los trámites dilatorios o innecesarios y el derroche de recursos. El artículo 9° contiene un conjunto de normas orientadas a hacer efectivo este principio.
- f) Principio de contradictoriedad (art. 10°). Implica la participación activa de los interesados en el procedimiento. Así, dispone el artículo 10° que éstos en cualquier momento podrán aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio o alegar defectos de tramitación. La contradictoriedad se complementa con el principio de igualdad de los interesados en el procedimiento.

En doctrina se denomina también principio de la obligación de oír y debe inspirar a todos la actuación de la Administración, escuchando siempre a quien es o va a ser afectado por un acto administrativo, considerándose sus alegaciones. Se manifiesta en:

- El derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política.
- La denuncia consagrada en el artículo artículo 61 letra k) del D.F.L. N° 29.
- Los recursos administrativos consagrados en el artículo 10 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y en la propia Ley N° 19.880.



- g) Principio de imparcialidad (art. 11º). Se traduce en que "la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte." Agrega la que en los actos que afectaren derechos de particulares, siempre deberán expresarse los hechos y fundamentos de derecho en que se basa.
- h) Principio de abstención (art. 12º). Las autoridades y los funcionarios de la Administración en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en la misma disposición, deben abstenerse de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. La inhabilitación puede promoverse por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, por escrito, expresando la causa en que se funda, ante la misma autoridad o funcionario afectado.
- Principio de la no formalización (art. 13). Dispone que 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.

Como aplicación de este principio se establece, además, que:

- El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.
- La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.
- j) Principio de inexcusabilidad (art.14). Se traduce en que la Administración estará obligada (no puede excusarse) a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación.
 - Si el órgano requerido es incompetente para intervenir en un asunto, debe enviar de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer, informando de ello al interesado.
- k) Principio de impugnabilidad (art. 15). Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos que la misma ley establece, sin perjuicio de los demás que establezcan las leyes especiales. La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

Excepción, para compatibilizar con los principios de celeridad y economía procedimental, se establece que "Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión."



 Principio de Transparencia y de Publicidad (art. 16). 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.

Constituye una aplicación del principio de publicidad consagrado en el artículo 8º de la Constitución. En consecuencia, salvo que por ley de quórum calificado se disponga la reserva, por las causas previstas en la Constitución, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.⁹

17.1. Derechos de las Personas

El artículo 17 establece los derechos de las personas en su relación con la Administración. Éstas tienen derecho a:

- Conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en que sea interesado y obtener copia de los documentos.
- Identificar a autoridades y personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- Eximirse de presentar documentos que no correspondan o que estén en poder de la administración.
- Acceder a los actos administrativos y sus documentos.
- Ser tratados con respeto y deferencia por autoridades y funcionarios, quienes facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- Formular alegaciones y aportar documentos.
- Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio.
- Obtener información sobre requisitos jurídicos y técnicos de sus solicitudes.
- Cualesquiera otros derechos que le reconozca la Constitución o la ley.

17.2. Normas básicas del Procedimiento Administrativo

En el Capítulo II de la Ley en su Párrafo I establece un conjunto de normas básicas que rigen el procedimiento administrativo. Además de las normas relativas a los interesados,

⁹ La disposición hace alusión a las "excepciones establecidas por la ley o el reglamento". No obstante, en esta parte la norma debe entenderse derogada desde la reforma constitucional del año 2005 que consagró con rango constitucional el principio de publicidad, pudiendo establecerse la reserva o secreto sólo por ley de quórum calificado y cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.



apoderados a las que ya se ha aludido, constituyen normas básicas del procedimiento administrativo, las siguientes:

- a) Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán todos los documentos y actuaciones del mismo, con indicación de su fecha y hora, respetando el orden temporal en que ingresan o se realizan.
- b) Se deberá llevar, además, un registro actualizado de las mismas actuaciones, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados.
- c) El procedimiento administrativo podrá realizarse a través de técnicas y medios electrónicos.
- d) En materia de plazos:
 - Se establece la obligatoriedad de los plazos tanto para los interesados como para la Administración.
 - Se indica que los plazos son de días hábiles, entendiéndose inhábiles los días sábados, domingos y festivos. Por tanto éstos no se cuentan para computar los plazos. Se establece además, la forma en que se computarán los plazos.
 - El artículo 24 establece plazos para algunas actuaciones: El funcionario que recibe una solicitud, documento o expediente, tiene un plazo de 24 horas a contar de su recepción para hacerlo llegar a la oficina que corresponda; para dictar providencias de mero trámite, el plazo es de 48 horas a contar de la recepción por quien deba dictarlas; los informes, dictámenes y actuaciones similares deben despacharse dentro de un plazo de 10 días desde que se solicitan; las decisiones definitivas deben expedirse dentro de los 20 días siguientes, contados desde que, a petición del interesado, se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse. Para hacer efectivo este último plazo, se establece que la prolongación injustificada de la certificación dará origen a responsabilidad administrativa.
 - Las ampliaciones de plazo pueden otorgarse de oficio o a petición de parte, deben solicitarse antes del vencimiento del plazo original y no pueden exceder de la mitad del mismo.
 - El artículo 26 establece el plazo máximo de duración del procedimiento administrativo el que desde su inicio hasta la decisión final no podrá exceder de 6 meses.

Realice ejercicios nº 32 al 34



CLASE 12

17.3. Las Fases del Procedimiento Administrativo

Establece el artículo 18 inciso segundo que "El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización."

17.3.1. Iniciación del Procedimiento (art. 28)

El procedimiento administrativo puede iniciarse:

- a) De oficio por la Administración (art. 29), es decir, sin que exista solicitud de interesado. Se procede de oficio por propia iniciativa del órgano, como consecuencia de una orden superior, a petición de otros órganos o por mediar una denuncia.
- b) A solicitud de parte (art. 30). En este caso se inicia mediante la solicitud de parte interesada, la que deberá contener las menciones y requisitos que establece el artículo 30. Si la solicitud de iniciación no reúne tales requisitos o los que exija la ley específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de cinco días, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, indicándole que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición (art. 31).
 - Se establece el derecho del interesado a exigir recibo que acredite la fecha de la presentación. La certificación puede materializarse en copia en que figure la fecha anotada por la oficina (se acostumbra a estampar timbre y fecha en copia presentada por el interesado).
- c) El artículo 32 autoriza al órgano administrativo para adoptar, de oficio o a petición de parte, medidas provisionales tendientes a asegurar la eficacia de la decisión terminal, incluso antes del inicio del procedimiento en las situaciones especiales que contempla la norma. Estas últimas, quedarán sin efecto si dentro de los quince días siguientes no se inicia el procedimiento, o cuando el acto de iniciación no contenga pronunciamiento sobre ellas.

17.3.2. Instrucción del Procedimiento (arts. 34 al 39)



- a) Actos de Instrucción. Artículo 34 define los actos de instrucción como "aquellos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto" (se refiere al acto administrativo terminal que contiene la decisión)
 - Los actos de instrucción se deben realizar de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio de los que soliciten los interesados o establezca la ley o reglamentos aplicables.
- b) Desde luego, entre los actos de instrucción más relevantes están los que dicen relación con la prueba, materia en que la ley es bastante amplia. Así, establece que:
 - Se admiten todos los medios de prueba admisibles en derecho:
 - La prueba se aprecia en conciencia. Esto significa que la autoridad tiene atribuciones para dar mayor valor a los medios de prueba que a su juicio sean más convincentes. Se opone a la denominada prueba reglada en que el legislador determina a priori el valor probatorio de cada medio de prueba (documentos, testigos, peritos, etc.).
 - Se dispondrá, si es necesario, un periodo de prueba no superior a treinta días ni inferior a diez, para que ésta se rinda.
 - En cuanto a la prueba ofrecida por los interesados, sólo se podrá rechazar aquella manifiestamente improcedente o innecesarias, mediante resolución fundada.
 - El momento en que se realizarán las pruebas admitidas debe notificarse con suficiente antelación a los interesados, advirtiéndoles que pueden designar peritos para que asistan a las diligencias de prueba.
 - Informes. Se solicitarán los que determine la ley y los que se estimen necesarios para resolver, los que salvo disposición expresa en contrario, serán facultativos y no vinculantes, es decir, no obligan a decidir conforme a ellos.
 - Información Pública. Se puede también ordenar un período de información pública. Lo que se publicará en el Diario Oficial o un diario de circulación nacional a objeto de que cualquier persona pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se indique, fijándose un plazo para hacer las observaciones (no menos de 10 días).
 - El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular observaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a diez días.

17.3.3. Finalización del Procedimiento

Para esta etapa, el artículo 40 señala las formas de conclusión del procedimiento. Ponen término al procedimiento administrativo:

a) La resolución final

Es el acto administrativo terminal. Éste deberá decidir fundadamente sobre la cuestión



planteada por los interesados, es decir, señalando las consideraciones de hecho y de derecho en que se basa.

Por aplicación del principio de transparencia, las resoluciones deben expresar, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que deben presentarse y el plazo para interponerlos.

Limitación. En los procedimientos tramitados a solicitud de interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial. No obstante, la Administración está dotada de atribuciones para iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente.

b) El desistimiento y la renuncia

Ambos son actos del interesado. Se trata de una manifestación de voluntad expresa, por lo tanto, no pueden presumirse de su comportamiento.

"El desistimiento es el acto del interesado por el que éste declara que abandona la solicitud que inició el procedimiento administrativo, aunque no el derecho o derechos que pudieren corresponderle" (Cordero Vega, Luis, "El Procedimiento Administrativo", Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003, pág. 131). Como no renuncia a sus derechos, el interesado puede volver a ejercer su derecho, dando inicio a un nuevo procedimiento.

La renuncia "consiste en el abandono o dejación del derecho mismo, impidiéndose así reabrir un nuevo procedimiento al haberse extinguido el derecho" (Cordero Vega, Luis, "El Procedimiento Administrativo", Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003, pág. 132). La renuncia opera siempre que no se trate de derechos que la ley prohíbe renunciar.

Manifestada la voluntad de desistimiento o de renuncia, el procedimiento termina con un decreto o resolución que acepta el acto del interesado.

c) La declaración de abandono

A diferencia del desistimiento y de la renuncia, en que existe una manifestación de voluntad expresa del interesado, el abandono del procedimiento se produce por la inacción del interesado que inició el procedimiento.

Si transcurren 30 días de paralización del procedimiento imputable al interesado que lo inició, es decir, éste ha dejado de cumplir una diligencia o acto que le correspondía ejecutar, lo que impide continuarlo, la Administración debe efectuar una advertencia formal (por escrito) al interesado de que si se mantiene la paralización durante 7 días más, se declarará el abandono del procedimiento.



Si el interesado, dentro de este último plazo no realiza ninguna acción tendiente a la reanudación del procedimiento, la Administración declarará abandonado el procedimiento (mediante el respectivo decreto o resolución), ordenará su archivo, notificando de lo actuado al interesado.

Excepción: establece el artículo 44 que "La Administración podrá no declarar el abandono, cuando la cuestión suscitada afecte al interés general o fuera conveniente continuarla para su definición y esclarecimiento."

d) La imposibilidad material de continuar el procedimiento

Señala el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile don Luis Cordero Vega que la imposibilidad material tendrá lugar en tres situaciones (Cordero Vega, ob. cit.. pag. 132), a saber:

- Cuando desaparece el objeto del procedimiento. Por ejemplo, en caso de que se destruya el vehículo que un servicio ha solicitado se le asigne;
- Si desaparece el sujeto que tiene atribuida la condición de interesado, siempre que el derecho que ejercita o el interés en el procedimiento sea de carácter estrictamente personal y no trasmisible (que no pasa a sus herederos), y
- Como consecuencia de una modificación legislativa.

Cualquiera sea la causal, corresponde al órgano o servicio dictar el decreto o resolución que declara la concurrencia de la causal. El acto deberá ser fundado.

17.4. El Silencio Administrativo

Desde el punto de vista jurídico, por regla general el silencio (cuando no hay pronunciamiento) no se considera manifestación de voluntad. Sólo se le da ese valor cuando la ley expresamente así lo dispone. Esta situación excepcional está considerada en la Ley Nº 19880.

En consecuencia, el silencio de la Administración constituye, como se verá, manifestación de voluntad positiva o negativa, según el caso, siempre que concurran los requisitos que la ley establece.

El silencio administrativo constituye otra forma de poner término al procedimiento administrativo que, por su carácter conclusivo y por razones de seguridad jurídica (que los administrados sepan a qué atenerse) no puede quedar en suspenso.

Como se señaló, el silencio de la Administración, esto es, del órgano o servicio llamado a decidir un asunto, puede constituir, según el caso, una manifestación de voluntad



positiva o negativa.

a) El silencio positivo (art. 64)

Consiste en una presunción en virtud de la cual, cuando han transcurrido los plazos para resolver la solicitud que originó el procedimiento administrativo, sin que la Administración lo haya hecho, ésta se entenderá aceptada.

Para que ello ocurra, el interesado debe denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud.

Dicha autoridad debe, por disposición de la ley, otorgar recibo de esa denuncia, indicando su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas.

Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.

El interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal, la que deberá otorgársele sin más trámite.

El artículo 66 dispone que los actos administrativos que concluyan en virtud de silencio administrativo tienen los mismos efectos que aquellos que culminen con una resolución expresa de la administración desde la fecha de la certificación respectiva.

b) El silencio negativo (art. 65)

Constituye una presunción en virtud de la cual, cuando han transcurrido los plazos para resolver una solicitud, sin que la Administración lo haya hecho, ésta se entenderá rechazada.

Se aplica a los siguientes casos:

- Cuando la solicitud afecte el patrimonio fiscal;
- En los casos en que la Administración actúe de oficio;
- Cuando la Administración deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos, y
- Cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el artículo 19 Nº 14 de la Constitución.

También en este caso, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no



ha sido resuelta dentro de plazo legal. El certificado se otorgará sin más trámite.

Como en este caso la solicitud se entiende rechazada, desde la fecha en que ha sido expedido el certificado empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan.

18. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Sin perjuicio de la facultad que tiene la Administración de volver sobre los actos administrativos que ha emitido, de propia iniciativa, a la que ya nos hemos referido, la ley contempla la posibilidad de impugnar por quien tenga un legítimo interés en ello las decisiones de la Administración.

La impugnabilidad del acto administrativo constituye garantía del principio de legalidad, por cuanto a través de ellos los propios administrados pueden velar porque la actividad de la Administración se ajuste al Derecho. También constituyen garantía del respeto de los derechos fundamentales al permitir que el individuo pueda exigir a través de ellos que se modifique o deje sin efecto una decisión de la Administración que los afecta o lesiona. De allí la importancia de que el Derecho Administrativo contemple recursos suficientes y adecuados al cumplimiento de tales fines.

"Los recursos son medios que se franquean a las personas para desaprobar una decisión adoptada por la administración, a quien se solicita que dicho acto se modifique o se deje sin efecto por vulnerar sus derechos o intereses." (Dormi, citado por Cordero Vega, ob. cit., pág. 159).

Se pueden definir como "la instancia dirigida a obtener la anulación, revocación o reforma de un acto administrativo presentada a la autoridad administrativa por el titular de un interés jurídico, de acuerdo con determinadas formas y dentro de los plazos prescritos en órgano de derecho" (Cordero Vega, ob. cit., pág. 160-161).

18.1. Objeto del Recurso

El recurso tiene por objeto impugnar un acto administrativo. Pero no cualquier acto administrativo sino sólo el acto administrativo terminal, es decir, aquel que contiene la decisión sobre la cuestión de fondo que dio lugar al procedimiento administrativo.

Excepcionalmente la ley admite el recurso administrativo contra actos de trámite. Ello ocurre en dos situaciones: cuando se trata de actos que hacen imposible la continuación del procedimiento y cuando hagan caer en indefensión a los administrados.



El recurso da lugar a un nuevo procedimiento administrativo en que el recurrente busca obtener la declaración de nulidad, anulación o modificación del acto administrativo terminal contra el que recurre.

La ley contempla los siguientes recursos administrativos: recurso de reposición, recurso jerárquico, recurso extraordinario de revisión y recurso de aclaración.

18.2. Recurso de Reposición

Está contemplado en el artículo 59º de la Ley Nº 19.880 y en el artículo 10º de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

El recurso de reposición se caracteriza porque se interpone ante la misma autoridad de quien emana el acto administrativo impugnado a objeto de que ésta vuelva a estudiarlo y se pronuncie sobre su invalidación, revocación o modificación.

Es de aplicación general, es decir, siempre procede el recurso de reposición. Ahora bien, tratándose de actos administrativos respecto de los que también procede el recurso jerárquico deben interponerse ambos conjuntamente. El jerárquico en subsidio del recurso de reposición, es decir, para que se conozca de él en caso de que la invalidación, revocación o modificación que se pide sea rechazada por la vía de la reposición.

Plazo para interponer recurso de reposición: 5 días contados desde la notificación del acto respectivo. Formalidades: debe plantearse por escrito y ser debidamente fundado.

Plazo para resolver: 30 días contados desde su interposición.

Efectos: si se acoge el recurso de reposición, el acto administrativo será invalidado, revocado o modificado conforme se haya solicitado por el recurrente.

18.3. Recurso Jerárquico

Está contemplado en las mismas disposiciones citadas, conjuntamente con el de reposición.

En este caso el recurso tiene por objeto que el órgano superior jerárquico del que emitió el acto administrativo impugnado, a objeto de que éste revoque o modifique el acto emitido por su subalterno atendiendo a las pretensiones del recurrente.

Como se señaló anteriormente, se interpone de ordinario conjuntamente y en subsidio del recurso de reposición, no obstante, la ley permite que se interponga directamente el recurso jerárquico. En tal caso, igual se presenta ante la autoridad o funcionario de quien emanó el acto administrativo impugnado "para ante el superior jerárquico", dentro de los 5



días siguientes a su notificación.

El superior jerárquico, antes de resolver, deberá oír al órgano recurrido, a objeto de que éste formule sus descargos.

No procede el recurso jerárquico en contra de los actos de:

- El Presidente de la República
- Ministros de Estado
- Alcaldes
- Jefes superiores de servicios descentralizados.

En estos casos, señala la ley, el recurso de reposición agotará la vía administrativa. Es decir, resuelto el recurso de reposición sólo se podrá persistir en la impugnación por la vía judicial, cuando proceda.

En cuanto a formalidades, plazo para resolver y efectos, no difiere del anterior.

18.4. Recurso de Aclaración

Dispone el artículo 62º de la ley Nº 19.880 que "En cualquier momento, la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u obscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo."

Cuando ello es solicitado por el interesado, ante la misma autoridad que emitió el acto, estamos ante el recurso de aclaración.

Puede interponerse en cualquier momento mientras el acto esté vigente y produciendo sus efectos.

18.5. Recurso Extraordinario de Revisión

Establecido en el artículo 60° de la Ley Nº 19.880, procede contra los actos administrativos firmes respecto de los cuales haya concurrido alguna de las circunstancias que la misma disposición señala.

En consecuencia, los requisitos para que proceda este recurso son:

1º Acto administrativo firme. El acto queda firme cuando se interpusieron y fallaron los recursos administrativos ordinarios que contra éste procedían o cuando transcurrió el plazo para interponerlos, sin que ello se haya verificado.



2º Que respecto del acto concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento; es decir, sin haber que el interesado haya sido puesto en conocimiento de ello (lo que le habría permitido, en su caso, impugnarla).
- Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;
- c) Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, (es decir, que una sentencia haya constatado que el acto es consecuencia de un procedimiento nulo o fraudulento), y
- d) Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

El recurso se interpone ante el superior jerárquico del órgano que emitió el acto administrativo impugnado o, en su defecto, ante este último.

El plazo para interponerlo será de un año que se computará, dependiendo de la causal, en la forma que dispone el mismo artículo 60.

Realice ejercicios nº 35 al 37

RAMO: DERECHO ADMINISTRATIVO



UNIDAD III

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RÉGIMEN DE BIENES PÚBLICOS. CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO



CLASE 01

1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SUS ASPECTOS GENERALES Y ESTUDIO PARTICULAR DE ALGUNOS DE ELLOS

Para el cumplimiento de sus funciones de gobierno y de administración, el Estado se organiza en una estructura compleja de órganos y servicios. Estas entidades, para desarrollar sus funciones requieren, además del recurso humano, una infraestructura material adecuada, lo que implica contar con bienes, tales como edificios para sus oficinas, mobiliario, computadores, etc. También precisan, en ocasiones, del desarrollo de estudios especializados, investigaciones, recopilación de antecedentes u otros, para el mejor cumplimiento de sus tareas. Por su parte, también la tarea de dar satisfacción a necesidades colectivas, demanda llevar adelante obras de infraestructura, tales como la construcción de caminos, calles, hospitales, escuelas, etc., la adquisición de bienes destinados a ese mismo fin, como ambulancias, viviendas de emergencia, mobiliarios para escuelas, etc. y el desarrollo de estudios, de programas de capacitación, de transferencia tecnológica, etc., que no puede llevar adelante directamente el Estado o sus órganos.

En consecuencia, para responder a estos requerimientos, el Estado necesita contratar particulares, que estén en situación de proveerle de esos bienes o prestarle tales servicios. Pero, la relación jurídica que da origen a tales contratos es distinta en esencia, de la que da lugar a un contrato entre privados, tanto porque las partes se encuentran en una situación de desigualdad, al actuar el Estado como poder, como porque el interés que debe primar no es el de los contratantes, sino el interés general. Además, actuando el Estado como poder, se desenvuelve en el ámbito del Derecho Público.

De lo anterior, surge una categoría especial de contratos, el contrato administrativo, que por su especial naturaleza queda regido por normas del Derecho Público.

Para entender a cabalidad el contrato administrativo, será preciso, abordar previamente algunas nociones generales sobre acto jurídico y contratos.

1.1. Nociones Previas sobre Acto Jurídico y Contratos

Entre los actos que emanan de la voluntad humana y que tienen relevancia para el Derecho, existen algunos que se realizan con la intención de producir efectos jurídicos. Estos efectos jurídicos consisten en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. A estos actos se les denomina actos jurídicos.

En consecuencia, el acto jurídico puede definirse como "la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. "

Los actos jurídicos pueden clasificarse desde distintos puntos de vista. Entre las



clasificaciones, interesa particularmente la que atiende al número de partes que deben manifestar su voluntad para la formación o nacimiento del acto jurídico.

Se habla de partes y no de personas, ya que, una parte puede estar constituida por dos o más personas, unidas por un mismo interés.

Por Ejemplo

En el contrato de arrendamiento, si la propiedad pertenece a dos o más personas que son dueñas en común y entregan en arriendo el bien, todas ellas forman una parte: el arrendador.

Desde el punto de vista anteriormente señalado, es decir, atendiendo al número de partes que se requiere para la formación del acto, los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y bilaterales.

| Actos jurídicos unilaterales | Son aquellos que para formarse requieren de la manifestación de voluntad de una sola parte. Por ejemplo, el | | | | | | | |
|------------------------------|---|---|---|---|--|-----------|--|--|
| Actos jurídicos bilaterales | | • | • | • | | requieren | | |
| | manifestación de voluntad de dos o más partes. A esta clase | | | | | | | |
| | de acto jurídico se le denomina también convención. | | | | | | | |

Si la convención tiene por objeto crear derechos y obligaciones, se denomina contrato. A los que las modifican o extinguen se les llama, simplemente, convenciones.

Son especies de contratos, la compraventa, el arrendamiento, la hipoteca, la prenda, etc. puesto que de todos ellos nacen derechos y obligaciones jurídicas. En cambio, el pago, que también es un acto jurídico bilateral, es una convención, ya que tiene por objeto extinguir derechos y obligaciones.

Por Ejemplo

Al pagarse el precio de una compraventa en que el pago del precio se pactó a plazo, el pago extingue el derecho del vendedor a exigir el precio y la obligación del comprador de cancelarlo.

Doctrinariamente se define el contrato como una especie de convención que tiene por objeto crear derechos y obligaciones.

El Código Civil chileno, en su artículo 1438 define el contrato como "un acto por el



cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas."

Desde luego, con la expresión acto, alude a un acto jurídico. Del tenor de la disposición queda en evidencia que las partes son más de una (alude al carácter bilateral) y establece que por este acto una parte se "obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa", dejando en evidencia que del contrato nacen obligaciones (obligaciones de dar, hacer o no hacer) y, como consecuencia, derechos, esto es, el derecho de la contraparte a la prestación a que se obliga la otra.

Es muy importante recalcar que, el acto jurídico es bilateral cuando, para su formación, requiere de la concurrencia de la voluntad de dos o más partes. Es decir, el criterio al que se atiende es el número de partes cuya voluntad debe manifestarse para formar o crear el acto jurídico. Si es la voluntad de una sola parte, será unilateral, si es la de dos o más partes, se tratará de un acto jurídico bilateral o convención.

Lo anterior, para evitar confusiones, pues como se verá enseguida, también los contratos se clasifican en contratos unilaterales y bilaterales. Esta clasificación es distinta, aún cuando utiliza la misma nomenclatura. Primero, porque sólo se aplica a los contratos y, segundo, porque el criterio al que se atiende es diverso.

Los contratos, también se clasifican sobre la base de distintos criterios, entre ellos, desde el punto de vista de las partes que resultan obligadas. Si bien, de acuerdo a lo señalado anteriormente, todo contrato para formarse requiere de la concurrencias de voluntades de dos o más partes, no todas las partes que concurren a su formación contraen obligaciones derivadas de él. Desde este punto de vista, es decir, atendiendo a las partes que resultan obligadas, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales, clasificación que recoge el Código Civil.

Dispone el artículo 1439 del Código Civil que "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

Por ejemplo

El contrato de donación. Si bien emana de la voluntad de ambas partes pues nace de la voluntad de alguien de donar y de la voluntad de otro de aceptar la donación, sólo el donante resulta obligado por el contrato a favor del donatario que no contrae ninguna obligación. En consecuencia, la donación es un contrato unilateral. En cambio, en el contrato de compraventa, ambas partes resultan obligadas: el vendedor a entregar la cosa vendida y, el comprador, a pagar por ella el precio acordado. El contrato de compraventa, entonces, es un contrato bilateral



Por último, es preciso apreciar que, cuando las personas naturales o jurídicas privadas celebran contratos entre ellas, se encuentran en una situación de igualdad, y cada parte actúa en miras de su interés particular. El acuerdo se forma al llegar ambas partes a las condiciones más convenientes a ese interés privado, las que pueden establecer libremente en el contrato, salvo en cuanto a aquello que la ley prohíbe. Los contratos entre privados están regidos por las normas del derecho privado, en el que impera el principio de autonomía de la voluntad, es decir, se puede hacer o convenir todo, salvo aquello que la ley prohíbe.

Con estas nociones previas sobre los contratos, a continuación se abordará el contrato administrativo.

El Estado, para cumplir sus funciones de dar satisfacción a las necesidades colectivas (poder administrador), requiere contratar particulares. Desde luego, la relación entre el Estado, como poder administrador, y los particulares difiere de la que se da entre estos últimos en varios aspectos:

- El poder administrador no actúa en miras de un interés propio, sino del interés general.
- El Estado cuando actúa en el ámbito de la satisfacción de necesidades colectivas, no actúa en condiciones de igualdad con los particulares. Por el contrario, se sitúa en una posición de poder frente a los particulares, que determina una relación desigual entre las partes que contratan.
- Siempre que el Estado actúa como poder (poder administrador, en este caso), su actuar está regulado por las normas del Derecho Público.

Lo anterior explica la existencia de una categoría especial de contratos, regidos por normas de Derecho Público, plasmadas en el derecho administrativo, a los que denominamos contratos administrativos.

Tratándose de este tipo de contratos, es necesario que el Derecho y, en particular, el Derecho Público asegure, por una parte, el fin de interés general por sobre el interés particular que mueve a las personas privadas a contratar con la Administración y, por otra, también debe ocuparse de que, en la desigualdad entre las partes que intervienen, queden a salvo y no se vulneren los derechos de los particulares que contratan con el Estado.

1.2. Concepto y Elementos del Contrato Administrativo

El contrato administrativo se define como un "acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público y se



somete a las reglas del Derecho Público¹." Es necesario recalcar que la Ley chilena no define el contrato administrativo ni cuál será su relación con el contrato civil sin embargo el articulo 1º de la Ley 19.886, proporciona una aproximación al ámbito de aplicación de la Ley señalando que "Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado"

Del concepto del profesor Silva Cimma se pueden extraer los siguientes elementos y características del contrato administrativo:

- a) Es un acto jurídico bilateral, es decir, nacen de la concurrencia de voluntades de dos o más partes. Esto lo diferencia del acto administrativo que es una manifestación unilateral de voluntad de la Administración.
- b) Debe anotarse que, si bien, la doctrina comparada discute si el contrato administrativo constituye o no un acto administrativo, en nuestro derecho y, especialmente, desde la entrada en vigencia de la ley Nº 19.880 es claro que el contrato administrativo no es un acto administrativo. Estos últimos, por naturaleza son actos unilaterales, es decir, decisiones en las que se manifiesta exclusivamente una voluntad: la voluntad de la Administración. En cambio, el contrato administrativo, como se señaló anteriormente, no nace de una única voluntad sino de la concurrencia de la voluntad de dos o más partes, sea un órgano de la Administración y particulares o de la convergencia de voluntades de dos o más órganos de la primera.
- c) Una de las partes será siempre la Administración, o sea, un órgano o servicio que integra la Administración del Estado. El órgano o servicio de la Administración puede tener como contraparte a un particular o a otro órgano administrativo.
- d) Persigue un fin público. Independiente del objeto específico del contrato, todo contrato administrativo tiene por finalidad proveer al cumplimiento de la función pública, sea asegurando el funcionamiento de un servicio público y la continuidad de la función pública, o dando respuesta directamente a una necesidad pública.
- e) Como se trata de un contrato, tiene por objeto la creación de obligaciones jurídicas. Y se tratará siempre de un contrato bilateral, pues de él nacen obligaciones para ambas partes. Del contrato administrativo nacen, para la parte con que contrata la Administración, obligaciones de prestaciones materiales (ejecutar una obra, suministrar o proveer bienes) o de servicios personales (ejecutar un estudio, una investigación, una

¹ Define el profesor Silva Cimma, Enrique, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes", Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, 1992, p.174.



labor intelectual de asesoría, consultoría, etc.) y, para la Administración o la entidad administrativa que contrata, la obligación correlativa de pagar por esa prestación material o servicio personal, generalmente una remuneración o monto de dinero, aunque pueden considerarse otras formas de pago.

- f) Está regido por las normas del Derecho Público. Atendido que no busca el interés privado, sino el colectivo.
- g) Cláusulas exorbitantes. Uno de los aspectos que caracterizan al contrato administrativo es que, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, contienen cláusulas que otorgan ciertos privilegios o facultades a una de las partes: a la Administración. Se trata de estipulaciones que exceden las facultades que se reconocen a las partes en el contrato privado y que se denominan "cláusulas exorbitantes". Las ventajas son siempre para el estado, lo cual determina que se rompa el principio de igualdad de partes, que es fundamental en el Derecho Privado y que en éste daría lugar a la ilicitud o nulidad. Son ejemplos de cláusulas exorbitantes: la rescisión unilateral, las cláusulas penales y la obligación de ejecución forzosa del contrato.

En virtud de estas cláusulas exorbitantes, la Administración tiene atribuciones para: interpretar el contrato, determinar las condiciones de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo y forma en que deberá cumplirse), dirigir la ejecución de éste, calificar los incumplimientos del contratista, ponerle término anticipado en caso de incumplimiento sin previa acción judicial, aplicar las sanciones estipuladas para tal evento, etc. Ahora bien, estas condiciones especiales del contrato administrativo no son impuestas al particular, sino previamente establecidas y publicitadas (en las Bases Administrativas) de manera que quien decida contratar con la Administración acepte hacerlo en esas condiciones previamente planteadas o dadas a conocer por ella.

Merecen un comentario especial las cláusulas de terminación anticipada del contrato. Cuando se celebra un contrato entre particulares, para ponerle término, se requiere del acuerdo de las mismas partes que lo celebraron y si sólo una de las partes quiere ponerle término, por el incumplimiento de la otra, debe así demandarlo en juicio ante tribunal competente. En cambio, en los contratos administrativos, el órgano público que celebró el contrato se reserva la facultad de ponerle término en forma unilateral (concurriendo su sola voluntad) y anticipada (antes del vencimiento del plazo de ejecución), sin previo juicio, cuando concurre alguna de las causales que las Bases han previsto. La concurrencia de la causal es calificada por la propia Administración.

Entre las causales de término anticipado de contrato, se pueden mencionar:

 La quiebra o la insolvencia del contratista o proveedor. Por ejemplo si registra cheques y documentos impagos durante un plazo igual o superior al que se indique en las Bases.



- En el contrato de obra pública, la paralización de las obras por un plazo superior al número de días que determinen las bases; el atraso de la magnitud que determinen estas últimas en la ejecución de la obra; el incumplimiento reiterado e injustificado de las órdenes que le imparta el Inspector de Obras encargado de la supervisión de su ejecución.
- El incumplimiento grave de obligaciones que para el contratista o proveedor emanan del contrato administrativo.

Como en este caso la prestación queda inconclusa (no se ha verificado la total entrega de los bienes, no se ha terminado la obra o no se ha concluido la respectiva obra intelectual (estudio, investigación o diseño)), la Administración queda en situación de contratar su terminación con otro proveedor o contratista y, si los precios de éste para realizar la parte no ejecutada en el primer contrato son superiores, será de cargo del primitivo contratista el mayor valor que haya de pagarse.

Realice ejercicios nº 1 y 2

CLASE 02

1.3. El Procedimiento Administrativo Previo a la Celebración de un Contrato Administrativo: Aspectos Generales de las Licitaciones.

El Estado al contratar con particulares debe, por una parte, asegurar las mejores condiciones en miras del interés general y, por otra, no afectar los derechos de igualdad, de libre competencia y otros que la Constitución asegura a estos últimos, ni las obligaciones de transparencia y publicidad que ésta impone a sus procedimientos.

De allí, que haya debido idearse un procedimiento adecuado conducente a la celebración de los contratos que requiere el Estado, asegurando tales principios. Este procedimiento es la licitación, que a continuación se estudiará en sus aspectos más generales y sin perjuicio de abordar más adelante las particularidades que presenta en relación a los distintos tipos de contratos administrativos.

1.3.1. Concepto y Fines de la Licitación

Los órganos y servicios que integran la Administración del Estado, sólo excepcionalmente están autorizados por la ley para contratar directamente. Estas excepciones se fundan en razones de seguridad, emergencia, inexistencia de otros



proveedores que puedan realizar la prestación o, en caso de contrataciones de muy escasa cuantía, que la ley determina.

La regla general es que la celebración de contratos administrativos esté precedida de un procedimiento administrativo destinado a que la entidad que requiere contratar lo haga en forma transparente, obteniendo las condiciones más ventajosas al interés público. Este procedimiento previo se denomina licitación.

El Articulo 5º de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley numero 19.886), recoge las mismas formas de contratación dispuestas en el artículo 9º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al disponer que "La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley".-

A su vez la Ley 19.886, en su artículo 7º establece que ha de entenderse por Licitación Pública, Privada y trato o contratación directa. De acuerdo a esta norma, licitación pública es "el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente; Licitación Privada es el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente"; y Trato o contratación directa es el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento"

El procedimiento de licitación busca asegurar la vigencia de diversos principios que deben regir el actuar de la Administración y también proteger los derechos de los particulares.

Así, a través de ella se busca realizar:

- La publicidad y transparencia en las contrataciones públicas.
- La obtención de las condiciones más ventajosas para el interés patrimonial y público.
- La libre concurrencia y la competencia de los privados interesados en contratar con el Estado.
- La igualdad entre los participantes interesados en adjudicarse el contrato.



1.3.2. Preparación de las Bases Administrativas y Antecedentes de la Licitación

Toda licitación está regida por un estatuto particular, denominado Bases o Bases Administrativas. En ellas están contenidas todas las condiciones de la licitación y las normas que regirán tanto este proceso como el contrato que, en definitiva, celebre la Administración con el particular.

Las Bases o Bases Administrativas se pueden definir como un "conjunto de normas que regulan la licitación y el contrato, a las que deben ceñirse las partes interesadas".

Respecto de este concepto cabe hacer las siguientes precisiones:

El concepto de "normas" incluye tanto las normas jurídicas que rigen el proceso y el contrato, como las normas técnicas que establecen las condiciones de la prestación (de dar o hacer) y definen el objeto del contrato (obra, suministro de bienes, estudio, etc.) que la Administración busca contratar.

Las Bases o Bases Administrativas están constituidas por un set de documentos, dependiendo del objeto de la licitación. Así, integran las Bases:

- Las Bases Administrativas Generales. Constituyen el marco general obligatorio de exigencias de una licitación. En ellas se establecen los aspectos más generales, de carácter administrativo, de la licitación, tales como: las etapas, mecanismos de consultas y aclaraciones, forma en que se procederá a la apertura de propuestas, los criterios generales para la evaluación de las ofertas, las condiciones de la adjudicación, del contrato, los aspectos generales de los pagos, garantías, multas y término del contrato.
- Las Bases Administrativas Especiales. Tienen por objeto complementar las anteriores, estableciendo las condiciones administrativas específicas atingentes precisamente a la obra, suministro, servicios o concesión particular que se licita. Las Bases Administrativas Especiales sólo pueden complementar las Bases Administrativas Generales. No pueden, en cambio, suprimir disposiciones de éstas, sólo pueden modificarlas cuando éstas expresamente lo han previsto o definir la alternativa aplicable a esa licitación particular cuando las Bases Generales consideran más de una alternativa.
- Las Especificaciones Técnicas. Es el pliego de características técnicas particulares que deberá cumplir el bien (equipos, equipamiento) o la obra que será objeto del contrato administrativo.
- Términos de Referencia. Es el documento que describe las características y condiciones en que deben desarrollarse trabajos intelectuales, tales como programas, diseños, estudios, investigaciones y, en general, prestaciones de servicios.

Estos documentos pueden complementarse con planos generales y de detalle



(cuando se trata de obras), planos de instalación (cuando se trata de equipos que deben entregarse instalados) o, en general, de otros documentos que completen la información que requieren los participantes en la licitación para formular su propuesta, los que también forman parte de las Bases de Licitación.

Las Bases Administrativas, desde que se inicia el proceso y hasta que se agota el contrato, son obligatorias tanto para la Administración como para quien contrata con ella. En el contrato administrativo respectivo se dejará constancia de que todos estos documentos forman parte integrante de él para todos los efectos legales. En consecuencia, ellos siguen rigiendo el contrato y obligando a las partes durante su ejecución y hasta su término.

Las Bases o Bases Administrativas, son elaboradas por la entidad licitante y aprobadas por Decreto o Resolución de la autoridad superior del Servicio. En general, las Bases Administrativas Generales están sujetas a control de legalidad a través del trámite de Toma de Razón por la Contraloría General de la República. Las Bases Administrativas Especiales sólo cuando el objeto de la contratación supera determinado monto.

El procedimiento de licitación no puede iniciarse, mientras las Bases Administrativas no se encuentren aprobadas por el Decreto o Resolución respectiva y, en caso de estar sometidas a control de legalidad previo, mientras no se haya tomado razón de ellas por Contraloría.

1.3.3. Principios que Rigen Todas las Licitaciones

Todo proceso de licitación, desde la elaboración de los antecedentes hasta la etapa de ejecución y término del contrato a que, eventualmente da origen, debe regirse e inspirarse en los siguientes principios fundamentales:

a) Principio de transparencia

Constituye una aplicación específica del principio general que obliga a la Administración en virtud del artículo 8º de la Constitución.

Implica que, en las licitaciones y procesos de contratación, los actos administrativos de los órganos administrativos y los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial son públicos, y si la información no está a disposición del público permanentemente, el interesado puede pedirla por escrito al jefe del servicio².

En el Dictamen Nº 53.331 de 2004, el órgano contralor ha precisado que "el legislador distingue entre el conocimiento de los documentos que integran un expediente

_

² Dictamen Nº 53.162 de 2004



destinado a producir un acto administrativo, por una parte, y el acceso a los actos administrativos terminales, por la otra, en términos tales que se ha previsto una regulación distinta para cada uno de estos dos casos." En efecto, conforme a las disposiciones de la Ley Nº 19. 880, son públicos los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada y los documentos que les sirvan de sustento y complemento directo y esencial, por lo que a ellos pueden acceder todas las personas, incluso ajenas al procedimiento que les dio origen. En cambio, mientras el procedimiento administrativo está en desarrollo y de los actos que forman parte de él, se confiere el derecho a conocerlos, sólo a quienes tengan, respecto del procedimiento, la calidad de "interesados", es decir, quienes han promovido el procedimiento o sean titulares de derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en él se adopte.

b) Principio de libre concurrencia

La licitación es, por definición, un procedimiento concursal, de manera que debe siempre asegurar la participación de una pluralidad de proponentes, con el objeto de seleccionar la oferta más conveniente al interés del servicio licitante.

c) Principio de sujeción a las bases

Este principio obliga tanto a la Administración como a los participantes en la licitación y, posteriormente al oferente con quien se contrató, a ajustarse en su proceder y en sus decisiones a las normas contenidas en las Bases Administrativas, las que constituyen el estatuto o "ley" particular, previamente definida, que rigen el proceso de licitación y el contrato.

d) Principio de igualdad de los oferentes

Se traduce en que la Administración debe tratar de igual manera a todos los participantes en el proceso de licitación, sin otorgar ventajas ni consideraciones especiales a ninguno de ellos.

e) Principio de buena fe

De acuerdo al significado que la Real Academia da al vocablo buena fe, debe entenderse este principio como una presunción de que las partes han procedido y proceden en la relación bilateral, con rectitud y honradez. La buena fe, en Derecho, es el "Criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho³". Así, en Dictamen Nº 26.808 de 2004, la Contraloría General de la República ha sostenido que "el principio de buena fe en materia contractual, ciertamente aplicable en el ámbito administrativo, exige de las partes el cumplimiento de las prestaciones que emanan de la

_

³ Página Web <u>www.rae.es</u>



naturaleza de la obligación y, a contrario sensu, no es posible demandar una conducta que excede naturalmente la misma."

1.3.4. Convocatoria

La Administración debe dar a conocer su voluntad de contratar la prestación de que se trate a las personas naturales o jurídicas que puedan interesarse en realizarla. Para eso efectúa la convocatoria o llamado a licitación.

Desde el punto de vista de la amplitud de la convocatoria, la licitación puede ser una licitación o propuesta pública, o una licitación o propuesta privada. A continuación, se dará a conocer en qué consiste cada uno de estos tipos de convocatoria o licitación.

a) Licitación o propuesta pública.

Como ya señalamos, se define como "el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente."

La licitación pública supone una convocatoria abierta a todos los interesados que cumplan con los requisitos mínimos para ejecutar la prestación de que se trata. Se extiende, en general, a los proveedores o contratistas de un determinado rubro o actividad.

Los principios que rigen este procedimiento son la libre concurrencia de los oferentes, la gratuidad, publicidad y transparencia del proceso, el trato igualitario a los participantes y la sujeción estricta de todos ellos a las bases de la licitación

Ahora bien, diversos organismos públicos como por ejemplo, la Dirección de Compras y Contratación Pública, el Ministerio de Obras Públicas, el Servicio de Vivienda y Urbanismo, cuentan con Registros de Proveedores o Contratistas, en los que se inscriben previamente las personas naturales o jurídicas que tengan interés en contratar con la Administración, debiendo cumplir ciertos requisitos de idoneidad, capacidad financiera, capacidad profesional y/o experiencia. Los Registros, en general, se dividen en distintas especialidades y/o categorías, en las que pueden inscribirse los proveedores o contratistas.

Cada registro establece un sistema de calificación de los contratistas. Al término de cada contrato, éstos son calificados sobre la base de criterios como, cumplimiento, oportunidad, calidad de los bienes entregados o ejecutados, etc. Por otro lado, los incumplimientos y malas actuaciones del proveedor o contratista durante la ejecución del contrato pueden significarle la suspensión temporal en el registro e, incluso, dependiendo de la gravedad, puede ser borrado del respectivo registro.

La convocatoria a licitación pública, para asegurar el interés público, puede limitarse



a proveedores o contratistas inscritos en el registro pertinente, dependiendo del contrato administrativo de que se trate. De esta forma, la Administración se asegura de la seriedad y buenos antecedentes del proveedor o contratista, y tiene mayor certeza de que la ejecución del contrato llegará a buen término.

b) Licitación o propuesta privada.

Es el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración dirige una invitación sólo a determinados proveedores o contratistas, para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente. Tratándose de licitaciones privadas, en general, la ley exige la participación de, a lo menos, tres proponentes, por lo que la invitación a participar deberá extenderse necesariamente a tres o más personas naturales o jurídicas determinadas, que estén en condiciones de ofrecer la prestación de que se trata.

La regla general es la licitación pública, en tanto que la licitación privada procederá en los casos en que la ley lo ha previsto. En general, la ley atiende a criterios de costo o monto preliminar (lo que ha previsto la Administración que cuesta la obra, suministro o servicio), para determinar la procedencia de licitación pública o privada, autorizándose esta última bajo cierto monto o, a otros criterios excepcionales como la urgencia.

Toda licitación debe ser previamente dispuesta por la autoridad superior de la entidad que convoca a licitación, mediante el respectivo decreto o resolución, en el que se indicará la modalidad de licitación (pública o privada). En ese mismo acto administrativo pueden aprobarse las Bases Administrativas y antecedentes de la licitación.

Actualmente en Chile, dispuesta la licitación por acto administrativo de la autoridad respectiva y aprobadas las Bases Administrativas, la convocatoria se realiza, por regla general, a través de la plataforma electrónica creada por la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, sistema Chilecompra.

Si bien, este sistema, de acceso público y gratuito, previsto en la Ley Nº 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que más adelante se estudiará con mayor detención, se creó para llevar a efecto las licitaciones de suministros de bienes muebles y de contratación de servicios, es de general aplicación. Esto porque, por disposición de la misma ley, deben aplicarse sus normas supletoriamente (a falta de norma) a otras contrataciones que realicen los órganos y servicios regidos por ella y, en el caso de las licitaciones reguladas por reglamentos especiales, consagra la obligación de publicar en el Sistema de Información (plataforma electrónica) las principales etapas de sus procesos de licitación y contratación.

En el caso de licitaciones no regidas por esta ley, por ejemplo, las licitaciones de contratos de ejecución de obras públicas que lleva adelante el Ministerio de Obras Públicas



y sus direcciones dependientes y de contratos de concesión de obras públicas, la convocatoria se realiza mediante avisos en la prensa y en el Diario Oficial (en este último, los avisos de licitaciones se publican los días 1º y 15 de cada mes), sin perjuicio de su publicación en el sistema Chilecompra.

Toda convocatoria a licitación debe indicar la entidad licitante, objeto de la licitación y las principales fechas y plazos del proceso, las que han sido previstas en el calendario de licitación incluido en las Bases, tales como: lugar y plazo para adquirir las Bases, periodo de consultas y aclaraciones, plazo para presentar las ofertas, fecha de apertura de las propuestas y lugar en que se llevará a efecto.

1.3.5. Entrega de Antecedentes de la Licitación

Las Bases Administrativas y demás antecedentes de licitación deben ser puestas a disposición de los interesados, considerando en el calendario de licitación un plazo razonable para que éstos puedan leerlos, analizarlos y estudiarlos convenientemente. En cuanto a la forma en que estos antecedentes se ponen a disposición de los interesados, dependerá del tipo de contrato que se licita.

En las licitaciones regidas por la Ley 19.886, que alcanza a los suministros o adquisiciones de bienes, prestación de servicios y obras públicas licitadas por entidades que carezcan de un reglamento o normativa propia, las Bases Administrativas (todos los documentos que las integran) deben quedar a disposición de los interesados en el sistema, de manera que éstos puedan acceder a ellas en forma gratuita. Si hay documentos que integran las Bases y que no son digitalizables, se fijará el lugar y plazo en que podrán ser retirados por los participantes, también en forma gratuita.

En el caso de licitaciones exceptuadas de la aplicación de la ley 19.886, tales como las de ejecución y concesión de obras públicas, los respectivos reglamentos contemplan un periodo de "Venta de Bases", en que los participantes pueden adquirir en las oficinas de la entidad licitante, las Bases y antecedentes de licitación, previo pago de un monto fijado en las Bases y publicado en la convocatoria. Este monto tiene por objeto resarcir a la Administración los gastos derivados de la preparación de estos antecedentes.

1.3.6. Periodo de Consultas y Aclaraciones

Concluida la entrega o venta de Bases, todo procedimiento licitatorio debe fijar un periodo razonable para que los interesados formulen consultas y soliciten aclaraciones a la entidad licitante, respecto de los puntos que consideren dudosos, poco claros, incompletos, etc. en los antecedentes entregados.



Vencido ese plazo, la entidad licitante debe dar respuesta a todas las consultas y solicitudes de aclaración formuladas (salvo que sean claramente improcedentes) mediante documento en que se reproducen las consultas y se le da respuesta, sin indicar el participante que las formuló. En ese mismo acto, la entidad licitante puede agregar aclaraciones que no hayan sido solicitadas, pero que considera necesario realizar.

El documento con las respuestas y aclaraciones debe ser entregado a todos los participantes, independiente de si ellos formularon consultas o no.

En las licitaciones regidas por la Ley 19.886 las respuestas y aclaraciones se suben al portal www.chilecompra.cl y, conforme al artículo 6° del Reglamento de la ley citada, se entienden notificadas, transcurridas 24 horas desde que la entidad licitante las publique en el Sistema de Información.

Las licitaciones no regidas por esta ley, se ponen a disposición de cada uno de los participantes mediante el retiro por parte de ellos en las oficinas de la entidad licitante o por carta certificada enviada al domicilio fijado por ellos para efectos de la licitación. En este último caso, se entenderán notificadas transcurridos tres días contados desde la fecha de despacho de la carta certificada.

1.3.7. Presentación de las Propuestas

Concluida la etapa de consultas y aclaraciones, el calendario de licitación debe considerar un plazo prudente para que los participantes preparen su oferta o propuesta y fijará un plazo para la presentación de éstas. Dentro de este último plazo los participantes deberán presentar sus ofertas o propuestas en la forma, con los documentos y antecedentes, y en el lugar que, previamente, hayan determinado las Bases.

Se denomina propuesta a la oferta de un participante en la licitación en que fija las condiciones de precio, plazo y características técnicas con que realizará la prestación en caso de ser adjudicado. La propuesta debe contener el conjunto de documentos detallados en las Bases, cada uno con las menciones y antecedentes exigidos por éstas.

No se considerarán otras ofertas que las recibidas en la forma, dentro del plazo y en el lugar previsto en Bases.

1.3.8. Licitación Desierta

Puede ocurrir que, durante el plazo de presentación de propuestas, no se reciba ninguna. En tal caso, la licitación se declarará desierta por la autoridad licitante y deberá procederse a la contratación en la forma que determine la normativa que rige el proceso. Generalmente, en tal caso, las normativas autorizan para cambiar la modalidad a licitación privada o recurrir al trato directo.



1.3.9. De la Apertura de Propuestas

La apertura de propuestas es el acto solemne en que se conocen y publicitan las ofertas recibidas en la licitación.

Para las licitaciones regidas por la Ley Nº 19.886, la apertura se verifica en el Sistema de Información, liberándose automáticamente las ofertas en el día y hora establecido en las Bases. Verificada la apertura, aparecen en él todas las propuestas recibidas identificadas por el nombre del proponente; el precio de la oferta y, en su caso, el plazo de ejecución, características de los bienes o servicios ofertados.

Si, se consideró la presentación de documentos en soporte de papel, se procederá a su apertura en la fecha, hora y lugar previsto en Bases (después de abiertas las ofertas en el sistema), en acto público al que pueden concurrir los proponentes.

Para las licitaciones no regidas por la Ley de Compras, la apertura de propuestas se verifica en la fecha, hora y lugar previsto en las Bases.

En general, para estos dos últimos actos, se designa una comisión integrada por funcionarios dependientes de la entidad licitante, los que procederán, en acto público al que pueden asistir los proponentes, a abrir los sobres con los documentos de cada una de las propuestas recibidas, verificando que se incluyan en cada uno de ellos los documentos requeridos por las Bases.

La omisión de un documento o de alguna mención relevante que deba figurar en él o haya sido expresamente exigida en las Bases, constituirá causal para considerar la propuesta "fuera de Bases". Por aplicación del principio de sujeción a las Bases, las propuestas que no se ajusten a ellas por omitir documentos, menciones relevantes o expresamente exigidas, no serán consideradas para la adjudicación.

Ahora bien, puede ocurrir que ninguna de las propuestas se ajuste a Bases en la forma señalada, en cuyo caso, concluirá el proceso con el rechazo de todas ellas, precisamente por no ajustarse a Bases.

1.3.10. Evaluación de las Propuestas

Las propuestas recibidas y ajustadas a Bases, deben ser evaluadas. La evaluación se puede encomendar a un funcionario o a una comisión integrada por funcionarios dependientes de la entidad licitante, lo que se establecerá previamente en las bases administrativas.

La evaluación de las propuestas se efectúa aplicando los criterios y factores que hayan establecido las Bases Administrativas. Éstas podrán determinar puntajes por factor,



indicando la forma en que se asignarán y dar determinada ponderación a cada uno de esos criterios o factores, de manera que la evaluación de las propuestas resulte en una nota o puntaje final para cada una de ellas.

1.3.11. Adjudicación o Rechazo de Todas las Propuestas

Efectuada la evaluación, el funcionario o comisión que la realizó, emitirá un informe fundado sobre la evaluación de las ofertas ajustadas a Bases, y propondrá a la autoridad competente de la entidad licitante, la adjudicación o el rechazo de todas las propuestas.

Puede ocurrir que, evaluadas las propuestas, ninguna de ellas resulte ventajosa para la Administración, alcance el puntaje mínimo previsto en Bases o que todas ellas excedan la disponibilidad presupuestaria para el contrato. En tal caso, la autoridad licitante, fundada en el informe técnico del funcionario o comisión evaluadora, rechazará todas las propuestas.

Si, en cambio, existen propuestas ventajosas para la Administración, se procederá a la adjudicación.

La adjudicación es el acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más proponentes u oferentes para la suscripción de un contrato administrativo. Adoptará la forma de un decreto supremo, resolución o decreto alcaldicio, según sea la entidad que licita. El artículo 10 de la Ley 19.886 señala en el inciso segundo el elemento esencial para entender la adjudicación; a saber este artículo dispone "El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento".

El decreto o resolución que adjudica el contrato debe ser notificado al proponente adjudicado y a los demás oferentes. Igualmente debe notificarse a todos los oferentes, en su caso, el decreto o resolución que rechaza todas las propuestas.

1.4. Garantías

En general, tratándose de contratos administrativos, tanto en el proceso de licitación como en la etapa de contrato, se exige al proponente o contratista la constitución de garantías que resguarden el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Las garantías pueden consistir en Boletas Bancarias de Garantía; Pólizas de Seguros y, menos frecuentemente, en Vales a la Vista Bancarios o Depósitos a Plazo, que se obliga a tomar al participante o al contratista adjudicado a favor de la entidad licitante, por el monto y con el plazo de vigencia que determinen las Bases Administrativas. En la



"glosa" del documento de garantía deberá indicarse el nombre de la licitación, obra o proyecto de que se trata y el objeto de la garantía.

El documento de garantía entregado por el interesado (el participante en la licitación o el contratista o proveedor con quien contrató la Administración, según el caso) queda generalmente bajo la custodia de la entidad que licita y contrata y, de producirse el incumplimiento de la obligación o de una de las obligaciones que cauciona, la entidad licitante solicita al Banco emisor o Compañía aseguradora hacerla efectiva, lo que implica que éste le hace entrega de la cantidad de dinero que representa el documento, el que se destinará a los fines que determina el objeto de la garantía respectiva.

Las garantías más frecuentes son:

- Garantía de Seriedad de la Oferta: generalmente se exige por un monto fijo en pesos o Unidades de Fomento. Tiene por objeto asegurar que, en caso de ser adjudicado (ganar la licitación), el proponente suscribirá el respectivo contrato con la entidad licitante y presentará oportunamente la garantía de fiel cumplimiento de contrato que le exijan las Bases. Si en el plazo fijado en las Bases, el proponente no concurre a firmar el contrato, la entidad licitante procederá a hacer efectiva la garantía, como sanción, y los dineros producto de ello ingresarán al patrimonio de la entidad o del Fisco.
- Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato: generalmente se exige por un monto equivalente a un porcentaje del valor total del contrato (7%, 10%, por ejemplo) y tiene por objeto garantizar por parte del contratista o proveedor el fiel y oportuno cumplimiento de todas las obligaciones que para éste emanan del contrato con la Administración. En general, el documento de garantía debe presentarse dentro del mismo plazo para suscribir el contrato.

En caso de incumplimiento del plazo, atrasos en la ejecución o entrega, paralizaciones en la ejecución, abandono de las obras, u otras causales establecidas en el respectivo reglamento o en las Bases, la Administración queda facultada para hacer efectiva la garantía y descontar de esos dineros, el monto de las multas y demás sanciones que afectan al contratista. El remanente (los dineros que quedan después de descontar las multas y demás sanciones en dinero) se devuelve al contratista al término del contrato.

En caso de abandono o término anticipado del contrato, la Administración, para concluir la ejecución del objeto del contrato, tendrá que contratar a otro proveedor o contratista, cuyos precios pueden ser superiores a los del contrato abandonado o no terminado. En tal caso, descontará de la garantía de fiel cumplimiento la diferencia de precio entre lo considerado en el primer contrato y el nuevo, y esos dineros servirán para cancelar el "mayor valor" del segundo contrato, de manera que éste no resulte más oneroso a la Administración. Si queda remanente, se devuelve al contratista que constituyó la garantía.



- Garantía Adicional: puede considerarse en Bases una garantía adicional a la de fiel cumplimiento de contrato para el evento de que la propuesta evaluada como la más conveniente y que se proponga adjudicar ofrezca un precio muy inferior al previsto para el contrato por la Administración, de manera que sea de prever un mayor riesgo de que el contratista no pueda cumplir en tales condiciones el contrato. Esto a objeto de evitar que, en caso de incumplimiento y de ser necesario terminar el contrato anticipadamente, el monto de la garantía de fiel cumplimiento sea insuficiente para solventar el mayor valor del nuevo contrato que se celebre para que se ejecute la parte no realizada por el primitivo contratista.
- Garantía por Anticipo: este tipo de garantía supone que las Bases Administrativas han previsto la entrega de un anticipo al contratista o proveedor.

El anticipo es una cantidad de dinero que se entrega al contratista a su solicitud, cuando ha sido previsto en las Bases, una vez suscrito el contrato y antes de iniciarse la ejecución del equipamiento, servicio u obra que es el objeto del mismo. Tiene por objeto dar liquidez al contratista para enfrentar las inversiones iniciales que implica la ejecución del contrato.

Es de frecuente aplicación en los contratos de obra pública y generalmente la normativa lo limita en cuanto a su monto máximo para evitar riesgos al patrimonio público. El anticipo se va descontando de los pagos que se van haciendo al contratista durante la ejecución del contrato (si se paga periódicamente a medida que va avanzando en la ejecución del contrato) o de una sola vez, si se considera un solo pago.

Por Ejemplo

Si se establece un solo pago, se cancelará en la oportunidad correspondiente el valor que resulte de restar al precio oferta el monto del anticipo.

En principio, el monto de la garantía por anticipo debe ser igual al monto de éste. Totalmente descontado el anticipo, el documento de garantía se devuelve al contratista.

Además de las indicadas, la Administración puede exigir otras garantías, dependiendo de la naturaleza, magnitud y riesgos del contrato.



Por Ejemplo

Tratándose de equipos más complejos o delicados, o de vehículos, las Bases Administrativas pueden exigir mantención y servicio técnico por un periodo determinado. Para asegurar el oportuno cumplimiento de tales obligaciones se puede exigir una garantía específica. En los contratos de obra pública, terminada y recepcionada provisoriamente la obra, se considera una garantía de buena ejecución, que cauciona la reparación por parte de quien la ejecutó de los defectos o deficiencias que muestre la obra durante un periodo de tres, seis meses o un año, después de terminada. También se puede exigir al contratista la contratación de una póliza de seguro por daños a terceros durante el periodo que dure la ejecución de la obra.

1.4.1. Canje de Garantías

Se denomina canje de garantías al reemplazo de un documento de garantía por otro. Esto supone la entrega por parte de quien contrata con la Administración de la nueva garantía que proceda, para que se le devuelva la que se encuentra en poder de la entidad pública contratante.

Algunas situaciones en que procede el canje de garantías, son las que se explican a continuación.

Adjudicado el contrato, generalmente, dentro del mismo plazo para firmar el contrato con la Administración el proveedor o contratista adjudicado, junto con firmarlo debe entregar la garantía de fiel cumplimiento de contrato que se haya previsto en las Bases. Entonces procede la devolución de la garantía de seriedad de la oferta que se le haya exigido.

En el contrato de obra pública. Si hay un aumento de obra o una obra extraordinaria, por tanto no considerada en el contrato inicial, se modifica éste para incluirla e incluir en el precio su costo, lo que determina un aumento del valor o monto contratado. En tal caso, el contratista deberá canjear la garantía vigente de fiel cumplimiento por una equivalente al mismo porcentaje estipulado en Bases, calculado ahora sobre el nuevo valor del contrato.

En el caso de otorgarse anticipo, las Bases pueden considerar canjes del documento de garantía que cauciona el anticipo, cada vez que se curse un Estado de Pago (un pago parcial al contratista) en el que se descuente anticipo, por una de menor valor, equivalente al 100% del anticipo aún no devuelto.

Estudiados los principales aspectos de las licitaciones, a continuación se estudiarán los contratos administrativos de más frecuente ocurrencia en la Administración y los



aspectos más relevantes de la normativa que los rige.

Estos contratos administrativos son:

- El contrato de suministro.
- El contrato de prestación de servicios.
- El contrato de obra pública, que comprende los contratos de construcción de obra pública y el de concesión de obra pública.

Realice ejercicios nº 3 al 6

CLASE 03

1.5. Los Contratos de Suministro y de Prestación de Servicios

A continuación se darán a conocer dos tipos de contratos administrativos; los contratos de suministros y de prestación de servicios, cada uno de los cuales puede ser celebrado por instituciones públicas para proveerse de bienes o servicios, según sean sus requerimientos y necesidades; en donde se podrán apreciar sus principales características distintivas, así como la normativa que los regula.

Concepto y Objeto del Contrato de Suministro

El contrato de suministro es aquel que tiene por objeto la provisión de cosas muebles, a cambio de un precio o valor en dinero, para atender a las necesidades o abastecer a uno o más órganos o servicios de la Administración. Desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.886, también se incluye en el contrato de suministro, el que tiene por objeto el arrendamiento de bienes muebles, incluso con opción de compra. Así, el articulo 2º inciso 1º de la Ley 19.886 define contrato de suministro como "el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles"

La prestación, en el contrato de suministro, consiste en dar o entregar una cosa, en propiedad o en arrendamiento.

El objeto del contrato siempre será uno o más bienes muebles. Y, ¿qué se entiende por bienes muebles?

El artículo 565 del Código Civil clasifica los bienes en cosas corporales e



incorporales. Define las primeras como "aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro"; en tanto que, las incorporales "son aquellas que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas."

Por su parte, el artículo 566 del Código Civil establece que "Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles", categorías que definen, respectivamente, los artículos 567 y 568.

Respecto a lo que interesa, el artículo 567, señala que los bienes o cosas muebles "son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas."

Ahora bien, estos bienes muebles están destinados a un fin público: satisfacer las necesidades o abastecer a uno o más servicios de la Administración. Los bienes muebles objeto del contrato siempre estarán destinados a un órgano o servicio de la Administración, sea para dotar al servicio de las cosas y elementos que requiere para desarrollar sus funciones (mobiliario, útiles de escritorio, elementos de vestuario, vehículos, etc.) o para que éste, en cumplimiento de su función, satisfaga directamente una necesidad pública.

Por Ejemplo

Adquisición de colchonetas o mediaguas para entregar a los damnificados por un temporal.

Una característica que agrega la doctrina al contrato de suministro, es que el suministro se hace a costa y riesgo del proveedor, es decir, es este último el que asume los riesgos de pérdida o destrucción de las cosas durante la ejecución del contrato.

Concepto y Objeto del Contrato de Prestación de Servicios

El contrato de prestación de servicios es el contrato administrativo que celebra la Administración cuando requiere de servicios materiales o intelectuales para dar satisfacción a una necesidad pública o para el desarrollo de sus funciones, siempre que no involucre el ejercicio de las potestades públicas que le ha encomendado la ley.

La obligación que asume en este caso la contraparte es de hacer algo, a diferencia del contrato de suministro en el que se obliga a dar o entregar una o más cosas o bienes.

Son contratos de prestación de servicios los de consultorías, es decir, aquellos que tienen por objeto la realización de estudios, diseños y asesorías; los contratos que tienen por objeto desarrollar un programa, y en general, los contratos que involucran la prestación de servicios en los que resulta irrelevante que se presten por personas naturales o jurídicas



tales como: servicios informáticos, procesamientos computacionales, servicios de cobranza y percepción de pagos, servicios de aseo, de mantenimiento, de recepción, recopilación y evaluación de antecedentes, etc.

Por Ejemplo

Los contratos de prestación de servicios que caen en esta categoría son los: Contratos por servicios de capacitación, de transferencia tecnológica, de saneamiento de títulos de dominio, etc.

1.5.1. Normativa Aplicable a los Contratos de Suministro y de Prestación de Servicios

En Chile, en el año 2003 entró en vigencia la ley Nº 19.886, "Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios", también denominada "Ley de Compras" y su reglamento, contenido en el Decreto Nº 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, modificado por el Decreto Nº 1.562 de 2005, del mismo Ministerio.

La referida ley se dictó con el propósito de uniformar los procedimientos de contratación de suministros de bienes muebles y de prestación de servicios para el funcionamiento de la Administración. Busca realizar el principio de transparencia en las compras y contrataciones de la Administración del Estado y sus órganos, así como la igualdad entre los particulares que participan en estos procesos.

Para implementar el sistema de compras y contrataciones públicas, se creó una plataforma web, que es el Sistema Electrónico de Compras Públicas www.chilecompra.cl, en el que, por disposición legal, deben llevarse adelante todos los procesos de compra y arrendamiento de bienes muebles y las contrataciones de servicios regidas por la Ley de Compras que realicen los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la citada ley.

La plataforma web es administrada por la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, servicio descentralizado funcionalmente que se relaciona con el Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda. Sus principales funciones, además de la administración del Sistema Electrónico de Compras Públicas son: asesorar a los órganos de la Administración en sus gestiones de compra y utilización del sistema; y mantener el Registro Nacional de Proveedores en el que pueden inscribirse las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que no estén inhabilitadas para contratar con el Estado, debiendo acreditar su situación financiera, idoneidad técnica y demás requisitos que exige el reglamento. El Registro contempla diversas categorías en que se agrupan los bienes y servicios.

Sin perjuicio de la existencia del Registro Nacional de Proveedores, la ley no impide a las entidades públicas que rige, contratar con proveedores no inscritos en el registro.



También les da la posibilidad de licitar convocando a proveedores inscritos y no inscritos, exigiendo la inscripción a quien resulte adjudicado, como condición previa para celebrar el contrato definitivo (art. 66 del Reglamento).

Para completar la institucionalidad vinculada al sistema, la ley crea un Tribunal de Contratación Pública, con asiento en la ciudad de Santiago, integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República a propuesta en terna por la Corte Suprema con sus respectivos suplentes.

Este Tribunal es el encargado de conocer de las acciones de impugnación de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación de los servicios y órganos del Estado regidos por la ley de compras, entre la aprobación de las Bases Administrativas (por resolución de la autoridad del servicio que convoca a licitación) y la adjudicación (acto administrativo por el cual se decide la contratación con uno de los oferentes en el proceso).

Contra la sentencia definitiva del Tribunal procede recurso de reclamación que se interpone ante el mismo, para que conozca de él la Corte de Apelaciones de Santiago.

1.5.2. Órganos y Servicios que Deben Regirse por la Ley de Compras

De acuerdo al artículo 1° inciso final, que se remite al artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, para los efectos de la Ley de Compras, en el concepto de Administración del Estado quedan comprendidos: los servicios de la Administración Centralizada, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, entidades autónomas como el Banco Central, Contraloría General de la República; y el Consejo de Defensa del Estado.

Quedan exceptuadas las empresas públicas, los organismos públicos, que por disposición expresa de ley se exceptúen y aquellas contrataciones que por disposición legal o por su naturaleza sean secretas, reservadas o confidenciales. Así, por ejemplo, quedan exceptuadas las adquisiciones de material de guerra, bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o a la seguridad pública calificados por decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional.

Establece el artículo 54 del reglamento de la Ley de Compras que "las Entidades deberán desarrollar todos sus Procesos de Compras utilizando solamente el Sistema de Información de la Dirección, incluyendo todos los actos, documentos y resoluciones relacionados directa o indirectamente con los Procesos de Compras." Y que ello "se efectuará a través de la utilización de los formularios elaborados por la Dirección y del ingreso oportuno de la información requerida en el Sistema de Información."



1.5.3. Contrataciones Regidas por las Normas de la Ley de Compras y su Reglamento

Desde el punto de vista de su objeto, los procedimientos contemplados en la ley 19.886 son obligatorios para la contratación de:

- Suministros (adquisición o arrendamiento) de bienes muebles que celebre la Administración del Estado.
- Servicios que requieran para el desarrollo de sus funciones⁴.

En esta última categoría, por expresa disposición de la ley 19.886, se excluyen:

- Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales. Tal ocurre, por ejemplo, con la contratación (nombramiento) de funcionarios públicos o municipales (en cargos de planta o a contrata), que se encuentran reguladas, respectivamente, por el Estatuto Administrativo y Estatuto de los Funcionarios Municipales.
- Los contratos a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten. La exclusión de estos últimos, ha señalado la Contraloría en el Dictamen Nº 7241 2007 "se sustenta en la circunstancia particular de calificación profesional o técnica del sujeto a quien se le encarga determinado servicio, generalmente asociada a la entrega de conocimiento o información, de modo que por su naturaleza dicho tipo de convenios son incompatibles con los procesos de licitación de la ley aludida." Este tipo de contrataciones están regidas también, para la generalidad de los servicios públicos, por el Estatuto Administrativo (contratos a honorarios con personas naturales que tengan por objeto atender labores accidentales y no habituales de la institución; contratos a honorarios con profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias).

En cambio, agrega el dictamen "no aparece la referida incompatibilidad respecto de aquellas contrataciones de servicios en que la Administración requiere convocar a un proceso de selección a un número indeterminado de interesados, sean personas naturales y jurídicas, con la finalidad de evaluar la capacidad profesional, técnica y financiera de los potenciales contratantes que permita asegurar la calidad de la ejecución de la prestación a convenir." Así, por ejemplo, si para satisfacer una necesidad pública se requiere de la inversión de recursos en un estudio, investigación, programa de capacitación o de transferencia tecnológica, etc. o, si un servicio público requiere de servicios de mantenimiento, aseo, publicidad y difusión, servicios generales o servicios informáticos y, en general, otros en que sea irrelevante que se presten por una persona jurídica o natural, y

⁴ Art.18, Ley Nº 19.886, "Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios"



que la Administración deba propender a contratar con quien le ofrezca las condiciones más ventajosas, considerando experiencia, capacidad profesional, precio, etc.

La utilización del Sistema de Información de Compras Públicas o plataforma electrónica es obligatoria para los órganos y servicios a los que se aplica la Ley de Compras, en las contrataciones antes señaladas. No obstante, el artículo 53 del Reglamento establece algunas excepciones.

En efecto, dispone que puedan realizarse fuera del sistema, aún cuando voluntariamente se puede igualmente recurrir a él, las contrataciones de bienes y servicios:

- Cuyos montos sean inferiores a 3 UTM.
- Las contrataciones directas, inferiores a 100 UTM, con cargo a los recursos destinados a operaciones menores (caja chica), siempre que el monto total de dichos recursos haya sido aprobado por resolución fundada y se ajuste a las instrucciones presupuestarias correspondientes.
- Las que se financien con gastos de representación, en conformidad a la Ley anual de Presupuestos y a sus instrucciones presupuestarias.

CLASE 04

1.5.4. Modalidades para la Celebración de los Contratos de Suministro o Servicios, en el Ámbito de la Ley de Compras y Contrataciones Públicas

La ley 19.886 contempla las siguientes modalidades que puede adoptar el procedimiento de contratación de suministros o servicios:

a) Convenio marco

La Dirección de Compras realiza periódicamente procesos de licitación para la celebración de los denominados convenios marco, con proveedores de diversos bienes y servicios, los que permiten al proveedor elaborar catálogos de sus productos, a los que pueden recurrir los órganos y servicios de la Administración para adquirir bienes o servicios, especialmente aquellos contemplados en sus Planes Anuales de Compras. Cada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato, o Contratación Directa.

Si el Catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la Entidad deberá adquirirlo



emitiendo directamente al Contratista respectivo (seleccionado previamente en la licitación realizada por la Dirección) una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas, en torno a: plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir, en cuyo caso procederá a contratar los bienes y servicios de acuerdo a los procedimientos de la ley y su reglamento a que se hace alusión en las letras siguientes.

En caso de utilización de un Convenio Marco, la orden de compra debe emitirse a través del Sistema de Información, individualizando el Contrato Marco al que accede, el bien y/o servicio que contrata, y su número y el monto a pagar al Contratista.

Excepcionalmente, los Convenios Marco no son obligatorios para las Municipalidades y las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad Pública.

b) Licitación pública

Si no es posible contratar el suministro o servicio a través del convenio marco, la regla general es la licitación pública, la que es obligatoria tratándose de contrataciones por montos iguales o mayores a 1000 UTM.

c) Licitación privada o trato directo

Constituye la excepción y debe ser dispuesta mediante un acto administrativo (decreto o resolución) fundado de la autoridad superior de la entidad licitante. Un acto administrativo es fundado, cuando consigna expresamente los motivos que justifican la decisión administrativa.

La licitación privada es, como se ha visto anteriormente, un procedimiento licitatorio cerrado a un número determinado de proveedores expresamente invitados a participar. Al igual que la licitación pública, está regida por Bases Administrativas a las que deberán ajustarse los participantes y sólo difiere de ella en cuanto se circunscribe a un número limitado de participantes invitados.

La Ley de Compras y su reglamento establecen un número mínimo de invitaciones a participar en la licitación. En efecto, el artículo 45 del Reglamento dispone que: "La invitación efectuada por la Entidad Licitante, en los casos que proceda una Licitación Privada, deberá enviarse a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la Licitación Privada" y que "La Entidad Licitante podrá efectuar la contratación, cuando habiéndose efectuado las invitaciones señaladas anteriormente recibe una o dos ofertas y el resto de los invitados se excusa o no muestra interés en participar."

El trato o contratación directa, se define en el número 27 del artículo 2° del Reglamento como el "procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o



Propuesta Pública y para la Privada." En este caso, no hay licitación, sino que se contrata directamente con un determinado proveedor o contratista.

Dispone la ley que puede recurrirse al trato directo cuando se trata de contratos por montos iguales o inferiores a 100 UTM. No obstante, la entidad que requiere contratar debe previamente solicitar cotizaciones a través del Sistema.

Debe recalcarse que el trato o contratación directa previas cotizaciones difiere fundamentalmente de una licitación privada "La cotización es la simple respuesta de precios que formulan los administrados frente a requerimiento de la administración", sostiene el Dictamen Nº 12.375 de 1985 de Contraloría General de la República. En cambio, en la licitación privada, regida por Bases Administrativas, cada uno de los proveedores invitados interesados en participar, deben presentar una oferta o propuesta técnica y económica, incluyendo los documentos, antecedentes y menciones exigidas por las Bases.

Fuera de la autorización general para recurrir al trato directo tratándose de contratos por montos iguales o inferiores a 100 UTM, el artículo 8º de la Ley y 10º del Reglamento, establecen las circunstancias excepcionales en que procede la Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa.

Debe tenerse presente que las causales que permiten estas modalidades de contratación son de derecho estricto, es decir, sólo concurriendo algunas de las circunstancias expresamente contempladas en la norma puede disponerse, fundado en ello, la licitación privada o trato directo y no puede, en ningún caso, extenderse por vía de interpretación a otras situaciones.

La Licitación Privada, o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias:

- "Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación, procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa."
- "Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales, y cuyo remanente no supere las 1.000 UTM." La Administración tiene la facultad, en caso de incumplimiento de contrato, de poner término anticipado al mismo en forma unilateral y sin forma de juicio (mediante resolución de la autoridad que así lo dispone). Esta facultad queda expresada en las Bases de licitación.
- "En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenida en la legislación pertinente."



Especial cuidado deberá tener la autoridad para calificar la emergencia, urgencia o imprevisto, ya que el artículo 8º letra c) inciso segundo de la ley dispone que "Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada." Esta multa es, además, compatible con las demás sanciones administrativas que, conforme a la legislación vigente, pudieren corresponderle.

- "Si sólo existe un proveedor del bien o servicio."
- "Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional."
- "Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo."
- "Cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al Trato o Contratación Directa", los casos y criterios que se entienden incluidos en esta causal son los que establece expresamente el Reglamento en el artículo 10°, N° 7.
- Si las contrataciones son iguales o inferiores a 100 unidades tributarias mensuales. En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 51 del presente reglamento (trato directo con cotizaciones previas o, excepcionalmente, licitación privada con la participación de a lo menos tres proveedores).

Aún en el caso de trato o contratación directa y salvo el caso de que se trate de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional determinados mediante decreto supremo (art. 8 letra f) del reglamento), la resolución fundada que dispone el trato directo debe publicarse en el sistema de información, junto con los términos de referencia; debiendo la compra realizarse a través de éste.

El inciso final del artículo 10º del Reglamento dispone que en todos los casos enumerados en la disposición, podrán igualmente realizarse las contrataciones, a través de licitación pública, si así lo estimare la entidad licitante.

1.5.5. Disposiciones Relativas al Proceso de Licitación

El proceso de licitaron debe regirse por determinadas normas que regulan cada una de las etapas que lo componen. A continuación, se darán a conocer cada una de ellas, lo cual permite que la administración de cumplimiento a la norma vigente relacionada con el



proceso de licitación, a partir del momento en que se elaboran las bases hasta que se adjudica la licitación.

a) Contenido mínimo de las Bases y de la Convocatoria

La ley y el reglamento en estudio establecen las menciones mínimas y otras estipulaciones adicionales que pueden contener las Bases Administrativas (arts. 22 y 23 del Reglamento), las que deben ajustarse a ese marco legal y las menciones que debe contener la convocatoria a licitación (art. 24). La Dirección de Compras Públicas dispone de Formularios de Bases que las entidades interesadas pueden utilizar, los que pueden ser modificados y adecuados a las necesidades del proceso de compra de que se trata.

b) Prohibición de fragmentar la contratación

Para evitar que se vulneren las normas que establecen la modalidad de contratación, estudiadas en la letra anterior, el artículo 15 del Reglamento establece una prohibición a los órganos y servicios regidos por la ley en estudio: "La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación". Así, por ejemplo, si se requiere adquirir mobiliario de oficina (escritorios, sillas, sillones, papeleros, etc.) por un monto igual o superior a 1000 UTM, en que procede la licitación pública, la entidad licitante debe licitar el suministro de la totalidad de los bienes y está impedida de licitar por separado las especies con el propósito de convocar a licitaciones privadas adquiriendo por esta vía y sucesivamente los escritorios, las sillas y sillones, etc.

c) Plazos mínimos entre la convocatoria y el cierre del plazo para presentar ofertas

El artículo 25 de la Ley, establece que los plazos entre el llamado y el cierre de la recepción de ofertas, deben fijarse de acuerdo al monto y complejidad de la adquisición, considerando especialmente el tiempo que requieren los proveedores para preparar su oferta. Sin perjuicio de ello, establece plazos mínimos que deben mediar entre la convocatoria y cierre de recepción de ofertas, los que no serán inferiores a 20 días para contrataciones de monto igual o superior a 1000 UTM, salvo que se trate de ofertas muy simples de preparar (adquisición de bienes de simple y objetiva especificación), caso en que puede disminuirse a 10 días. Para las contrataciones inferiores a 1000 UTM, el plazo mínimo es de 10 días, rebajables a 5 días mínimo, en el caso de bienes de simple y objetiva especificación.

El concepto de bienes de simple y objetiva especificación alude a bienes que se encuentren precisamente descritos en las especificaciones técnicas. Por ejemplo: escritorios de 2 x 1 metro, de maciza enchapada en pino, con cubierta de 3 cm., de espesor, dos cajones al lado derecho, cada uno de 30 cm. de altura.

d) Publicidad y gratuidad de los documentos de licitación



El artículo 28 del Reglamento, establece la publicidad y gratuidad de los documentos de la licitación, los que deberán permanecer siempre disponibles al público en el Sistema de Información en forma gratuita. Esto sin perjuicio de los casos de licitación en soporte de papel

e) Forma de presentación de las propuestas

Las ofertas deben ser ingresadas a la plataforma electrónica (www.Chilecompra.cl). El artículo 18 inciso segundo de la ley establece que los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, en el reglamento se consideran situaciones puntuales en que se hace excepción a esta regla. Por ejemplo, cuando el sistema no está en funcionamiento.

f) Contenido de las ofertas

El artículo 32 del Reglamento dispone que "Cada Entidad Licitante establecerá para cada Proceso de Compra el formulario de oferta, a través de la cual recibirá la información que solicita a los Oferentes". Y que "Las ofertas deberán efectuarse a través de los formularios respectivos, cumpliendo todos los requerimientos exigidos en las Bases y adjuntando todos y cada uno de los documentos solicitados en ellas, en soporte electrónico."

Ahora bien, puede ocurrir que algunos documentos deban presentarse en original, firmados y que no sean susceptibles de ser digitalizados. En tal caso, sin perjuicio del ingreso de la oferta al sistema, se fijará un plazo y lugar para que tales documentos puedan ser presentados en soporte de papel.

g) Garantía de seriedad de la oferta

Dispone el reglamento que se exigirá garantía de seriedad de la oferta por el monto, plazo y en la moneda que establezca la entidad licitante. Esta garantía puede tomarse e ingresarse electrónicamente con la oferta o incluirse en documento en el sobre (de los antecedentes en soporte de papel) que indiquen las Bases. También se exige garantía de fiel cumplimiento de contrato, a la que se hará referencia más adelante.

h) Apertura de las ofertas

Dispone la normativa que, salvo situaciones excepcionales, la apertura se realiza través del Sistema de Información, liberándose automáticamente las ofertas en el día y hora establecido en las Bases. El artículo 33 del Reglamento dispone que el Sistema de Información "deberá asegurar certeza en la hora y fecha de la apertura, y permitir a los oferentes conocer a lo menos las siguientes condiciones del resto de las ofertas:

- Individualización del oferente.



- Descripción básica del bien o servicio ofrecido.
- Precio unitario y total de la oferta.
- Individualización de la garantía de seriedad de la oferta, si fuere el caso.

En las licitaciones en que se hayan solicitado antecedentes en soporte de papel, que debieron ser presentados en las oficinas de la entidad licitante, las Bases determinarán la fecha, hora y lugar en que se procederá a la apertura de los antecedentes (incluidos en sobres cerrados, en número y contenido que determinarán las Bases). La Apertura de los antecedentes en soporte de papel se realiza, generalmente ante una Comisión designada al efecto, después de verificada la apertura de ofertas en el Sistema, en acto público al que pueden concurrir los oferentes o sus representantes. La Comisión levanta un Acta de Apertura firmada por sus integrantes y por los oferentes que deseen suscribirla, en que se consignarán todos los datos relevantes de la apertura y, en especial, se dejará constancia de la inclusión o no de los documentos solicitados, en cantidad y forma que requieran las Bases, de cada una de las propuestas recibidas.

i) Licitación en una etapa o en dos etapas

El artículo 34 del Reglamento, establece dos modalidades para la apertura de las ofertas y corresponderá a las Bases determinar si se procederá a una:

- Licitación en una etapa. Consiste en que en el acto de la apertura se procede a abrir tanto la oferta técnica como la oferta económica.
- Licitación en dos etapas. Consiste en que existen dos aperturas diferidas de ofertas; una de las ofertas técnicas y otra respecto de las ofertas económicas. En este caso, la apertura de las ofertas económicas sólo se efectuará en relación a los oferentes que hubiesen calificado su oferta técnica.

j) Observaciones de los proponentes

Dispone el inciso final del artículo 33 del Reglamento que los proponentes podrán efectuar observaciones dentro de las 24 horas siguientes a la apertura de las ofertas (en el Sistema). Estas observaciones deberán efectuarse a través del Sistema de Información. En el caso de aperturas de ofertas en Soporte Papel, podrán solicitar que se deje constancia de dichas observaciones o quejas en el acta que se levantará especialmente al efecto.

k) Evaluación de las propuestas

De acuerdo a la Ley de Compras y su reglamento, el propósito de la evaluación es seleccionar la propuesta más conveniente al interés de la Administración, esto es, aquella que evidencie el mayor equilibrio entre calidad y precio. Debe tenerse presente que la oferta más conveniente no es siempre sinónimo de la más barata, sino que es recomendable considerar como factores de evaluación otros aspectos que aseguren la calidad y la oportuna ejecución de la prestación, tales como: la experiencia del proponente, el equipo



profesional y técnico, la metodología a utilizar, cuando se trata de servicios o productos intelectuales como estudios, investigaciones, etc.; la calidad de los bienes, condiciones de garantía o de mantención, revisiones post adquisición, capacitación para su uso, etc. en caso de suministros. En consecuencia, la determinación de los criterios o factores de evaluación y su ponderación en la nota o puntaje final que establezcan las Bases Administrativas, dependerá del tipo de prestación de que se trate, de su magnitud (monto), de su complejidad, etc.

Estos criterios están contenidos en los artículos 20, 37 y 38 del Reglamento. La primera de las disposiciones citadas establece que "Las Bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros".

La Entidad Licitante no atenderá sólo al posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir del bien y/o servicio. En la determinación de las condiciones de las Bases, la Entidad Licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones."

I) Adjudicación y notificación

La adjudicación se verifica en acto administrativo de la entidad licitante. En el respectivo decreto o resolución deberán especificarse los criterios de evaluación que, estando previamente definidos en las bases, hayan permitido al adjudicatario obtener la calificación de oferta más conveniente. La adjudicación debe ser notificada al adjudicatario y a los demás oferentes. Dicha notificación se realiza incorporando el documento en la plataforma electrónica y se entiende practicada transcurridas 24 horas desde su incorporación⁵.

m) Aumento de garantía

La entidad licitante al adjudicar la oferta, puede, a través de una resolución fundada, solicitar ampliación de la garantía de fiel cumplimiento, cuando el precio de la oferta seleccionada sea menor al 50% del precio presentado por el oferente que le sigue, y se verifique por parte de la Entidad Licitante que los costos de dicha oferta son inconsistentes económicamente. La ampliación de garantía puede ser hasta por la diferencia del precio con la oferta que le sigue.

 5 Art. 6° del Reglamento contenido en el Decreto N $^{\circ}$ 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, modificado por el Decreto N $^{\circ}$ 1.562 de 2005, del mismo Ministerio.

34



1.5.6. Normas Especiales Relativas al Contrato⁶

La normativa legal vigente estable todas aquellas disposiciones que regulan la forma en que se suscribirá el contrato de suministro o de prestación de servicios; así como los actos que están permitidos realizar respecto del mismo. A continuación, se darán a conocer cada una de las normas especiales relativas al contrato, en donde se establece lo siguiente:

a) Normas relativas a las estipulaciones, forma y plazo para suscribir el contrato

El contrato deberá contener: la individualización del contratista, las características del bien y/o servicio contratado, el precio, el plazo de duración, las garantías, si las hubiere, causales de término y las demás menciones que exijan las Bases.

Se consagra la posibilidad de suscribirlo por medios electrónicos de acuerdo a las normas sobre firma electrónica; el plazo que tienen las partes para suscribirlo (de 30 días corridos, si nada dicen las Bases), el que se cuenta desde la notificación de la adjudicación; y la obligatoriedad de publicarlo en el sistema (art. 65).

Si el adjudicado no concurre dentro de plazo a firmar el contrato o no presenta dentro del mismo plazo la garantía de fiel cumplimiento, se hará efectiva su garantía de seriedad de la oferta y la entidad licitante podrá adjudicar la licitación al oferente siguiente mejor evaluado.

b) Sistema de garantías

El reglamento contempla las siguientes garantías

- Garantía de fiel y oportuno cumplimiento de contrato (arts. 68 al 72), el monto de la garantía será de entre un 5% y un 30%. Sólo por resolución fundada se podrá requerir una de monto superior al 30% por razones de valor de los bienes o riesgo para la Administración (una garantía de tal monto resulta muy excepcional). El monto, glosa (lo que debe decir) y plazo de vigencia se determina en las Bases. En todo caso, este último debe exceder en sesenta días el plazo de ejecución del contrato.
- Garantía por anticipo. En caso de que las Bases consideren la posibilidad de entregar anticipos al proveedor, se exigirá garantía por el 100% del anticipo.

c) Cesión del contrato y subcontrataciones

El proveedor que contrató con la Administración queda impedido de ceder o transferir los derechos y obligaciones que nacen de la licitación y del contrato suscrito con la entidad

⁶ Los artículos 64 y siguientes del Reglamento, regulan el contrato.



licitante, salvo el caso de norma legal expresa que lo autorice.

Esto significa, por ejemplo que, si un proveedor ha sido adjudicado en la licitación, no puede vender o ceder en forma gratuita a otro su derecho al contrato. Tampoco, una vez que contrató puede vender o entregar en forma gratuita el contrato a otro proveedor, salvo la excepción señalada, esto es, que una ley expresa así lo autorice.

Se admite en cambio, la subcontratación, es decir, que el proveedor con quien celebró contrato la Administración, contrate con un tercero para que éste ejecute la prestación (suministro de muebles o servicios), salvo que las bases lo prohíban por haberse celebrado el contrato en atención a la capacidad o idoneidad del contratista; o que al subcontratista, sus socios o administradores les afecte alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad que le impida inscribirse en el registro.

En todo caso, si subcontrata, el proveedor sigue siendo, frente a la Administración, el responsable de todas las obligaciones del contrato. En otros términos, el proveedor que celebró el contrato con la Administración responde de los incumplimientos, mala ejecución, atrasos, etc. en que incurra el subcontratista.

d) Causales de terminación anticipada del contrato

Se establece que serán causales de terminación anticipada de contrato (artículo 77 del Reglamento), entre otras, el mutuo acuerdo entre los contratantes (resciliación); el estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las garantías entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato; el así exigirlo el interés público o la seguridad nacional, sin perjuicio de las demás que establezcan las Bases.

Estas últimas también podrán contener cláusulas de indemnización y compensación para los casos especiales de término anticipado que contemplen.

Las resoluciones o decretos que dispongan la terminación anticipada del contrato definitivo o su modificación, deberán ser fundadas y deberán publicarse en el Sistema de Información, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas, salvo las excepciones que contempla el artículo 62 del Reglamento (Licitación en soporte de papel).

1.5.7. Aplicación de la Ley de Compras y Contrataciones Públicas a Organismos o Procesos Excluidos de Ella

Con el objeto de asegurar, en general, la transparencia y publicidad de los procesos de contratación de la Administración, la ley de compras, aún cuando se trate de Procesos de Compras excluidos de ella o efectuados por órganos del sector público no regidos por dicha ley, obliga a ingresar al Sistema de Información, los siguientes antecedentes de las



compras u contrataciones que realicen:

- El llamado a contratación.
- Las Bases y/o Términos de Referencia, incluyendo todos los documentos que integren o deban integrar sus anexos.
- Las respuestas a las preguntas efectuadas por los Proveedores, en los plazos establecidos en las Bases y cualquier modificación efectuada a las Bases.
- La recepción y el cuadro de las ofertas, en el que deberá constar la individualización de los Oferentes.
- La resolución o acto que resuelva sobre la Adjudicación.
- El texto del Contrato de Suministro y Servicio definitivo, si lo hubiere.

Realice ejercicios nº 7 al 9

CLASE 05

1.6. Contrato de Obra Pública

Es necesario señalar previamente que, el Código Civil chileno, en los artículos 568 a 570, precisa el concepto de bienes inmuebles.

El primero de ellos establece que "Inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles." En tanto que, el artículo 570 dispone que "Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento". Por Ejemplo, las losas de un pavimento; los tubos de las cañerías.

En otros términos, las tierras y las minas son bienes que no pueden transportarse de un lugar a otro y que existen sin intervención del hombre, a los que se denominan inmuebles por naturaleza. Sobre ese suelo se pueden construir otros bienes que también tienen la calidad de inmuebles por adherir permanentemente a los anteriores o estar destinados a su uso. Así, dentro del concepto de "bienes inmuebles" quedan comprendidas una amplia gama de construcciones materiales, tales como edificios en general, casas, caminos y calles (pavimentos), veredas, soleras y calzadas, puentes, tranques, puertos, aeropuertos, redes de distribución de agua, centrales hidroeléctricas, etc.

Ahora bien, para que los servicios públicos y órganos encargados de satisfacer necesidades públicas funcionen, se requiere de espacios físicos en el cual se instalen los establecimientos, oficinas, personal y demás elementos necesarios para llevar adelante su



actividad. Por ello, la Administración, para el cumplimiento de sus funciones requiere muchas veces que se construyan, conserven o reparen edificios, destinados a oficinas, hospitales, postas, escuelas, liceos, recintos carcelarios, etc. Asimismo, para satisfacer directamente otras necesidades públicas, se requiere construir, reparar, mejorar caminos, calles (calzadas y veredas), ejecutar defensas en ríos, obras de alcantarillado, redes de distribución de agua potable, etc.

Todo ello implica la ejecución de obras materiales de naturaleza inmueble, según los conceptos antes referidos, a los que se denomina, en general, obras públicas.

Una vez que se ha tomado la decisión de llevar adelante la ejecución de una obra inmueble, el Estado para atender a este propósito puede recurrir a diversas alternativas, a saber:

- Ejecutar las obras directamente mediante el "sistema de administración delegada". En este caso, se celebra un contrato administrativo de prestación de servicios con un particular (administrador delegado), quien toma a su cargo la ejecución de una obra, reintegrándosele, previa comprobación, el desembolso en que incurrió en su realización, más el honorario pactado por sus servicios (artículo 154 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas contenido en el Decreto Supremo 75 de 2004). En suma, el sistema de administración delegada da lugar a un contrato administrativo de prestación de servicios, el que ya ha sido estudiado anteriormente.
- Contratar con una persona natural o jurídica privada la ejecución de la obra pública que se requiere, a través de un contrato de obra pública.
- Acudir al sistema de construcción de la obra por vía de concesiones a particulares.

En los dos últimos casos, se está ante un contrato administrativo de obra pública. Así.

- Si se contrata la ejecución de la obra, el contrato será de construcción de obra pública.
- Si se otorga una concesión al particular para que la construya, el contrato será de concesión de obra pública.

A continuación se estudiarán, los principales aspectos de estos dos tipos de contratos administrativos.



1.6.1. El Contrato Administrativo de Construcción de Obra Pública

El contrato administrativo de construcción de obra pública constituye uno de los tipos de contrato de obra pública previsto y regulado por el derecho administrativo chileno; y se puede definir como un contrato administrativo en virtud del cual la Administración encomienda a un particular la construcción, conservación o reparación de una obra de naturaleza inmueble destinada a dar respuesta a una necesidad pública, a cambio del pago de un precio en dinero u otra forma de remuneración. Se incluyen también dentro de esta categoría de contratos, los que tienen por objeto la restauración de edificios patrimoniales.

De acuerdo, a la definición anterior, se pueden desprender diversas características que identifican a este tipo de contrato administrativo, ellas son:

- Como se trata de un contrato administrativo, una de las partes será siempre la Administración, ya sea que intervenga directamente el Estado, un municipio o cualquier persona jurídica de Derecho Público.
- Su objeto es la construcción, conservación o reparación de una obra de naturaleza inmueble.
- La obra objeto del contrato está destinada a un fin público, tales como dotar de oficinas a un servicio, responder a necesidades de transporte, educación, salud, seguridad ciudadana, fomento productivo, vivienda, etc.
- La obra se ejecuta a cambio de una remuneración en dinero u otra forma de pago.
- Quien contrata con la Administración asume los riesgos del contrato.

El contrato de construcción de obra pública está regulado por el "Reglamento para Contratos de Obras Públicas" (Decreto Nº 75 de fecha 2 de febrero de 2004, del Ministerio de Obras Públicas), que lo define en su artículo 4° numero 15 como "un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación, o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales".

La utilización de ese reglamento es obligatoria y rige para todos los contratos de esta naturaleza que celebre el Ministerio de Obras Públicas (MOP), sus Direcciones y servicios. En consecuencia, por este cuerpo normativo quedan regidos los contratos de obra pública que celebran las direcciones nacionales y regionales de Vialidad, Arquitectura, Obras Hidráulicas, Obras Portuarias y la de Aeropuertos. Cabe señalar que, las direcciones dependientes del Ministerio de Obras Públicas no sólo se encargan de llevar adelante las



obras que se financian con recursos de ese ministerio sino, además, las que les sean encomendadas por otras entidades de la Administración, como las municipalidades, los gobiernos regionales y otros servicios públicos. Aún amplía más el ámbito del Reglamento, el que las propias leyes que rigen a otros servicios, como por ejemplo a Gendarmería de Chile, hagan aplicable el Reglamento a los contratos de obra pública que éstos celebren.

El reglamento es de amplia aplicación y rige la generalidad de los contratos que tienen por objeto las obras públicas que se realizan. Sólo el Servicio de la Vivienda y Urbanismo cuenta con una normativa especial y distinta para este tipo de contratos.

Ahora bien, en el caso de otros organismos que no cuentan con normativa especial y que no hayan recurrido a una Dirección del MOP para llevar adelante una obra de esta naturaleza, el contrato se regirá por las Bases Administrativas Generales y Especiales, las que deberán adecuarse a las normas de la ley Nº 19.886, de compras y contrataciones públicas y su reglamento, por el carácter supletorio (a falta de normas) que el artículo 3º de esa ley le da a la misma.

Requisitos Previos para la Celebración del Contrato

Para que el Estado pueda celebrar un contrato de obra pública, deben existir un aserie de requisitos previos; a continuación se darán a conocer cada uno de ellos.

- La celebración de un contrato de obra pública implica una contraprestación de parte de la Administración, generalmente en dinero, por lo que el órgano o servicio que va a contratar deberá contar con autorización de fondos (art. 2 D.S 75 de 2004).
- Deberá disponerse, de los siguientes documentos: Bases Administrativas, bases de prevención de riesgos y medioambientales, especificaciones técnicas y presupuesto, todos ellos visados por la autoridad competente para adjudicar (art. 2 D.S 75 de 2004).
- El contrato se celebra previa licitación que, por regla general, será pública.
- Sólo excepcionalmente y en los casos previstos en el artículo 86 del DFL 850 de 1997 (texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica del MOP y otras normas), se podrá proceder por trato directo, por cotización privada o por administración delegada. Estos casos excepcionales son:
 - a) Si a las propuestas públicas respectivas no se hubieren presentado interesados.
 - b) Si se tratare de trabajos que correspondan a la realización o terminación de un contrato, que haya debido terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratista u otras causales.
 - c) En casos de emergencia calificados por decreto supremo.
 - d) Cuando se trate de obras de conservación, reparación o mejoramiento habituales del Servicio que corresponda.



- e) Cuando se trate de encargar obras al Cuerpo Militar del Trabajo.
- f) Cuando se trate de obras que se ejecuten con participación de la comunidad, cuyas condiciones serán fijadas por el Presidente de la República en el reglamento respectivo.
- g) Cuando se trate de obras a ejecutarse en Isla de Pascua.

Registro de Contratistas

El contrato de obra pública, regido por el D.S. MOP Nº 75, sólo puede contratarse con un contratista (persona natural o jurídica que, en virtud del contrato, contrae la obligación de ejecutar la obra material) inscrito en el Registro General de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas.

El artículo 5º del Reglamento dispone que: "El Registro General de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas, o Registro de Contratistas, será común y único para las Direcciones Generales, Direcciones y Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas e Instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio, dependerá de la Dirección General de Obras Públicas y será de conocimiento público."

El Registro está formado por:

a) El Registro de Obras Mayores. Se encuentra dividido en dos especialidades: "Obras Civiles" y "Montajes", cada uno de los cuales se divide en registros particulares atendiendo al tipo de trabajo a realizar.

Por Ejemplo

La especialidad "Obras Civiles" se puede clasificar en movimientos de tierras, pavimentos, obras de arquitectura, etc.; mientras que la especialidad "Montajes" se puede dividir en montaje de quipos eléctricos, de equipos mecánicos, de estructuras metálicas y carderías, etc. Así se puede observar que cada especialidad se puede subcategorizar de acuerdo al trabajo que se deba ejecutar.

Además de lo anterior, cada registro se estructura en base a tres categorías: Primera, Segunda y Tercera categoría; determinadas de acuerdo a experiencia, capacidad económica y personal profesional que acredite el contratista.

b) El Registro de Obras Menores. Este registro se divide en múltiples registros por especialidades. A su vez, el registro considera sólo dos categorías A y B, atendiendo a la experiencia, capacidad económica y personal profesional que acredite el contratista.

Los cuadros con el detalle de las diferentes especialidades y categorías que se



consideran en el registro, así como las condiciones de capacidad económica, experiencia y personal profesional que deben cumplir los contratistas para ser inscritos en cada uno de ellos, se encuentran contenidos en un documento denominado "Registro de Contratistas - Categorías y especialidades"

En este mismo documento se establecen las categorías en que deberán estar inscritos los postulantes a una licitación, en función del valor estimado del contrato respectivo.

Si el presupuesto estimativo de la obra supera las 3.000 UTM se convocará a contratistas inscritos en el Registro de Obras Mayores. Los montos estimativos a considerar para Primera, Segunda o Tercera Categoría, en este caso, dependerán de la especialidad de que se trate.

Si el valor estimado del contrato, excluido el IVA, no excede de 3.000 unidades tributarias mensuales, se convocará a contratistas inscritos en el Registro de Obras Menores, Categoría B hasta 1000 UTM y Categoría A, de 1001 a 3000 UTM, en la especialidad que se requiera. Sin embargo, los contratistas inscritos en el Registro de Obras Mayores quedan habilitados para desempeñarse como contratistas de Obras Menores (y por tanto pueden participar en la licitación) en la especialidad equivalente que determina el Registro.

Además, el Reglamento contempla la posibilidad de abrir registros especiales para atender situaciones específicas, tales como la licitación de obras cuyo presupuesto exceda en un 30% el límite superior fijado para la primera categoría del respectivo registro, o cuando lo excedan en un monto menor atendidas las características de las obras, condiciones de construcción u otras circunstancias especiales que lo aconsejen.

Modalidades para la Celebración del Contrato

El contrato de obra pública puede adoptar dos modalidades, debiendo definirse la modalidad antes de preparar los antecedentes de licitación, ya que incide en ellos. La propuesta que se requiera en la convocatoria a licitación, puede ser:

a) Contrato a precio unitario o de serie de precios (Art 4 numero 31 DS 75 de 2004). Es aquél en que el contratista ofrece precios unitarios fijos aplicados a cubicaciones provisionales de obras establecidas por la autoridad administrativa, de modo que el valor total del contrato corresponde a la suma de los productos de dichos precios por la cantidad de cubos.

Los precios unitarios se entienden fijos, salvo la aplicación de algún sistema de reajuste que al efecto se convenga, y la cantidad de cubos se ajusta a las obras que efectivamente se realicen.



En este caso, la entidad licitante detalla las partidas de la obra y su respectiva cubicación (por metros, metros cuadrados, metros cúbicos, kilómetros, etc.) Las cubicaciones tienen carácter provisional, esto es, pueden variar en la realidad. El proponente, en su oferta, indica un valor fijo por unidad de cubo.

Por Ejemplo

En una obra de pavimentación, en que las especificaciones consideran provisionalmente 200 kms. de pavimento, el proponente indicará el precio por km., se llamará a ese valor "z". Ejecutada la obra, se ajustan los cubos, en este caso suponga que se pavimentaron 223 kilómetros realmente. El precio del contrato será el que resulte de multiplicar el precio por 223.

Este tipo de contrato implica un mínimo riesgo para el contratista y mayor riesgo para la Administración, pues, en obras muy complejas, las variaciones en las cubicaciones pueden ser importantes y diferir bastante el costo previsto del que, en la realidad, efectivamente deba pagarse.

b) Contrato a suma alzada (Art. 4 numero 30 DS 75 de 2004). Se caracteriza porque la oferta es a precio fijo y las cantidades de obra a ejecutar se entienden inamovibles, sin perjuicio de que el valor total del contrato pueda estar afecto a algún sistema de reajuste, si las bases así lo establecen.

En este caso, la Administración determina la obra a ejecutar y en los antecedentes de licitación se detallan cada una de las partidas de la misma (por ejemplo fundaciones, pisos, albañilería, pintura, etc.) y dentro de ella cada uno de los ítems que comprende, indicando cubicaciones referenciales. El contratista tiene la obligación de estudiar los antecedentes de la licitación, visitar el terreno en que se ejecutará la obra, a objeto de preparar la propuesta y considerar la real magnitud de cada partida y todos los costos asociados a la ejecución de la obra, puesto que deberá ofrecer realizarla por un precio total y fijo. Se señala que el contrato a suma alzada es un contrato de riesgo, puesto que, si en definitiva, el costo de la obra es mayor lo asume el contratista, en tanto que, si en la realidad resulta menor, sus utilidades aumentan, sin que la Administración pueda rebajar el precio que paga al final.

c) Combinación de la suma alzada con la serie de precios unitarios. El artículo 78 del Reglamento también permite que las propuestas sean requeridas en una tercera modalidad, que es una combinación de la suma alzada con la serie de precios unitarios. Además, se considera la modalidad de administración delegada que, como se ha señalado corresponde a un contrato de prestación de servicios, no obstante, en este caso regulado por el Reglamento para Contratos de Obras Públicas.



CLASE 06

Proceso de Licitación de Obras Públicas

Para determinar quién será el contratista que celebre el contrato administrativo de obra publica, el Estado deberá llevar a cabo un proceso de licitación; el cual deberá ajustarse al siguiente procedimiento.

a) Bases Administrativas

Como la licitación se rige por el reglamento, sólo se elabora un documento de bases administrativas (y no Bases Administrativas Generales y Especiales). A ellas se agregan las Bases de Prevención de Riesgos y las Bases Medioambientales, especificaciones técnicas, planos y presupuesto, con el visto bueno de la misma autoridad que adjudicará el contrato.

A su vez, el Reglamento, formará parte integrante de las Bases y antecedentes de la licitación.

b) Convocatoria a licitación

Previa aprobación de las Bases y antecedentes de la licitación, la convocatoria se realiza mediante dos o más publicaciones en diarios de amplia circulación y en el Diario Oficial. En la publicación se indicará la entidad licitante, el nombre de la obra y breve descripción, y las fechas y lugar en que se realizarán las principales etapas de la licitación.

Los plazos mínimos que deben mediar entre la convocatoria y la fecha de apertura de las propuestas están establecidos en el artículo 70 del Reglamento, por tramos de costo estimado de la obra, de manera que el plazo será mayor mientras mayor sea el costo en UTM de la obra. No obstante, se establece que, en circunstancias especiales, debidamente certificadas, la autoridad puede aumentar o disminuir dichos plazos.

c) Presentación de las propuestas

La oferta o propuesta con todos sus antecedentes se presenta en el plazo y lugar que previamente establecieron las Bases Administrativas. Generalmente, las oficinas de la entidad licitante.

En cuanto a la forma de presentación de las propuestas, dispone el artículo 74 que "Con la venta de las bases de la licitación se proporcionará el formulario especial, para la oferta económica." La misma disposición se pone en la situación de que dicho formulario se altere como resultado de las preguntas y aclaraciones. En tal caso, la entidad licitante entregará un nuevo formulario hasta tres días hábiles antes de la fecha de apertura de la licitación. El retiro o cambio de formulario, se podrá efectuar hasta 24 horas antes de la



apertura.

Conforme al artículo 75 del Reglamento, las propuestas se presentarán en dos sobres cerrados, caratulados Propuesta Económica y Propuesta Técnica. En ambos sobres se indicará el nombre del proponente y la licitación de que se trate.

El contenido que debe tener cada sobre esta determinado en el artículo 76 del reglamento; en donde se señala lo siguiente:

- Nómina de la totalidad de las obras ya iniciadas o por iniciarse, que tenga contratadas, para ser ejecutadas durante los 12 meses siguientes a la fecha de apertura de la licitación, indicando: montos iniciales, obra ejecutada y saldo por ejecutar actualizado. Además, debe incluir el cálculo de la capacidad mínima disponible y los documentos que la acrediten. El oferente debe tener una capacidad económica disponible equivalente, a lo menos de un 15% del valor del presupuesto oficial o estimado de la obra que se licita.
- Declaración suscrita por el proponente o su representante de haber estudiado los antecedentes de licitación, verificado su concordancia, haber visitado y conocer el terreno en que se ejecutará y estar conforme con las condiciones generales del proyecto.
- Programa de trabajo, en forma de carta Gantt (refleja cronológicamente la programación del desarrollo de las distintas partidas de la obra desde su inicio hasta su término).
- Lista de los elementos, maquinarias y equipos con que contará para ejecutar las obras, sean propios o arrendados, según requerimiento del Proyecto.
- Listado de los profesionales que actuarán en la obra a tiempo completo o parcial, y currículum de cada uno de ellos.
- Programa mensual de inversiones o necesidades de fondos para el normal desarrollo de la obra, de acuerdo con el programa de trabajo, expresada en porcentajes del valor de la propuesta.
- Otros antecedentes que puedan requerirse en las bases de licitación.
- Opcionalmente, se puede requerir la inclusión de boleta bancaria de garantía de seriedad de la oferta por un monto equivalente al 2% del presupuesto de obra.

Debe notarse que, en este caso, es facultativo para la entidad licitante requerir garantía de seriedad de la oferta, a diferencia de lo que ocurre con la ley de compras. Esto se explica porque, el contratista de obra pública de no concurrir a celebrar el contrato, se expone a una sanción mucho más drástica, esto es, la suspensión en el registro, lo que le impide participar temporalmente y mientras ésta dure, en toda otra licitación que se rija por el Reglamento de Obra Públicas.



En el sobre Propuesta Económica, se deberán incluir los siguientes antecedentes:

- La propuesta debe ser elaborada en el formulario especial entregado al proponente.
- Un análisis detallado de costos, cuyo desglose será como mínimo, el establecido en el presupuesto oficial, indicando separadamente los montos o porcentajes correspondientes a gastos generales, imprevistos y utilidades.

El proponente (persona que efectúa una propuesta u oferta) deberá cuidar de incluir en cada sobre todos y cada uno de los documentos requeridos en las Bases, en la cantidad de copias exigidas, y con las menciones y antecedentes que éstas establezcan.

d) Apertura de las propuestas

La Apertura de Propuestas se realiza en dos actos: Apertura de Propuesta Técnica y Apertura de Propuesta Económica, conforme a las siguientes normas:

- Las propuestas deben abrirse ante la Comisión de Apertura, integrada por los funcionarios designados por la autoridad, los días, horas y en el lugar que indique el aviso de convocatoria y las Bases, en presencia de los interesados que concurran (Art. 81 inciso 1º del Reglamento).
- Iniciado el acto de apertura no se admitirán otras ofertas (Art. 81 inciso 1º del Reglamento)
- En el acto de apertura de las propuestas técnicas, se abrirán los sobres "Propuesta Técnica" de todos los participantes, verificando la inclusión en ellos de todos los documentos requeridos en las Bases. Si no se incluyen todos los documentos, la propuesta queda fuera de Bases (Art. 84 del Reglamento).
- El acto de apertura de las ofertas económicas, si nada señalan las Bases, se realizará diez días hábiles después de la apertura de las ofertas técnicas. En ella se informará de las propuestas que han sido técnicamente aprobadas o rechazadas por otra Comisión, la Comisión Evaluadora a la que se hará referencia más adelante. Se hará devolución, sin abrir los sobres de Propuesta Económica, de las propuestas rechazadas y se procederá a la apertura de los sobres Propuesta Económica, sólo de las propuestas aceptadas (Art. 84 número 2 del Reglamento).

De cada acto de apertura se levantará un acta que consignarán los datos necesarios para individualizar las propuestas. En este documento también se deja constancia de las propuestas que no se ajustan a las Bases, y de las observaciones y reclamos que soliciten consignar los oferentes o sus representantes presentes en el acto.



Si un proponente hace constar una observación o reclamo, debe fundamentarlo por escrito ante la autoridad que llamó a licitación, al día hábil siguiente de la fecha de apertura. Si no lo hace, se le tendrá por desistido de su reclamo u observación.

e) Evaluación de las propuestas

Una comisión integrada por tres profesionales (Comisión Evaluadora), es la encargada de evaluar las propuestas. Al respecto, el articulo 84 inciso 1º del Reglamento establece que esta comisión de evaluación estará integrada por tres profesionales, definiéndose en las bases de la licitación la autoridad que las nombrará.-

Efectuada la apertura de las propuestas técnicas, esta Comisión debe revisar detalladamente los documentos que la conforman, a objeto de comprobar que se cumplan en cada una de ellas todos los requisitos técnicos exigidos. Adicionalmente, se comprobará el cumplimiento de la capacitad económica mínima. La Comisión de Evaluación debe emitir un informe técnico indicando los fundamentos del rechazo de las propuestas técnicas que así lo ameriten.

El artículo 87 inciso 2º del Reglamento dispone que, si producto de la evaluación técnica calificaran menos de tres propuestas, la autoridad que llamó a licitación queda facultada para desechar todas las propuestas y convocar a un nuevo proceso. El rechazo de las propuestas en esta etapa no da derecho a indemnización a los proponentes.

Realizada la apertura de las propuestas económicas, la Comisión Evaluadora debe examinar la consistencia entre la oferta técnica y el análisis de precios presentado por el proponente, con dos objetivos: detectar posibles errores aritméticos y seleccionar la propuesta económica más conveniente. Hay que hace presente que solo se procederá a la apertura de las ofertas económicas de las ofertas técnicas cuya propuesta resulte técnicamente aceptable.-

Si la oferta seleccionada como la más conveniente no presenta errores aritméticos, se propondrá su adjudicación. Si, en cambio los presenta y, como consecuencia de ello, el precio que resulta de él, la suma o producto de los precios detallados es distinto del monto de la oferta (formulario oferta), establece el reglamento que primarán los valores indicados en el análisis de precios.

Si éste (corrigiendo el error matemático) resulta menor al indicado en el formulario oferta y leído en la apertura de las ofertas económicas, prevalecerá el valor correcto. De ello se informará al proponente y éste podrá retirar su oferta, perdiendo la garantía de seriedad de la oferta, si se hubiere exigido. Si no la retira, se puede adjudicar. Si en cambio, el valor correcto es mayor, prevalecerá igualmente ese valor corregido y ello llevará a una nueva evaluación de las ofertas económicas a objeto de determinar la más conveniente.



f) Adjudicación o rechazo de las propuestas

Dispone el artículo 87 que la autoridad administrativa pertinente "adjudicará la propuesta a aquel licitante que tenga el menor costo para el Fisco"; es decir, el proponente que se adjudicará el proyecto será aquél que haya presentado la oferta mas conveniente en términos económicos.

Asimismo, podrá desechar todas las propuestas, con expresión de causa, es decir, señalando los motivos fundados que tiene para ello. Los proponentes cuyas ofertas no fueren aceptadas, no tendrán derecho a indemnización, ni se les devolverán los antecedentes presentados.

La adjudicación se verifica por acto administrativo (resolución) de la autoridad competente que acepta una propuesta. La misma resolución debe aprobar las bases administrativas, especificaciones técnicas, planos generales, presupuesto y, en general, todos los antecedentes que sirvieron de base para la licitación.

La resolución debidamente tramitada, se notifica al contratista adjudicado y a los demás oferentes.

Si la resolución que adjudica una propuesta no se dicta dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de apertura de la licitación, los proponentes tendrán derecho a desistirse de sus propuestas y a retirar los antecedentes presentados, salvo que las bases administrativas hayan fijado un plazo diferente para resolverla.

g) Normas relativas al contrato de obra pública

El contrato se perfeccionará y regirá desde la fecha, en que la resolución o decreto que aceptó la propuesta o adjudicó el contrato, ingrese totalmente tramitado a la oficina de partes del Ministerio.

Materialmente el contrato es la resolución o decreto de adjudicación totalmente tramitada, que debe ser firmada ante Notario por el adjudicatario en tres ejemplares, en señal de aceptación, uno de los cuales debe quedar protocolizado ante el mismo Notario (agregado al final del Registro de instrumentos que mantiene el Notario). Las otras dos transcripciones deben ser ingresadas por el contratista a la oficina de partes de la entidad licitante.

Los contratos se entenderán hechos en moneda corriente, a menos que expresamente se haya estipulado lo contrario.

El contrato lleva envuelta la condición de que el contratista se somete al Reglamento para Contratos de Obras Públicas, cuyas disposiciones prevalecerán sobre las disposiciones generales.



Forman parte integrante del contrato:

- El Reglamento para Contratos de Obras Públicas.
- Las Bases Administrativas y Técnicas, Especificaciones, planos y todo otro documento entregado o puesto a disposición de los proponentes para concursar.
- La serie de preguntas y respuestas, y toda la documentación adicional aclaratoria que haya emitido el M.O.P. en el período previo a la apertura de las ofertas.
- Todo otro documento que se defina en las Bases.
- La oferta del contratista a quien se le adjudica el contrato y las aclaraciones solicitadas oficialmente por el M.O.P. durante el análisis de las ofertas.

El plazo de duración del contrato es el fijado en las Bases Administrativas. Este plazo se cuenta en días corridos, esto es, no se descuentan los días feriados. El plazo comienza desde que se verifica un acto denominado "Entrega de Terreno", que consiste en que el Inspector de obra designado, concurre con el contratista al lugar en que se realizará la obra y le da las instrucciones necesarias para su inicio.

El contratista cuya propuesta se acepta, deberá presentar una "garantía de fiel cumplimiento del contrato", consistente en una boleta bancaria de garantía o póliza de seguro, por una cantidad equivalente al 3% del valor del contrato y cuya vigencia será el plazo de éste aumentado en 24 meses para el caso de obras mayores; y por una cantidad equivalente al 5% del valor del contrato y una vigencia del plazo de éste aumentado en 18 meses para obras menores, fijándose dicho valor expresado en unidades de fomento.

El plazo para presentar las garantías es de 30 días, contados desde el ingreso de las transcripciones del contrato a la oficina de partes de la entidad licitante (Articulo 90 inciso 2º en concordancia con el articulo 96 del Reglamento). La sanción por la no presentación de las garantías dentro del plazo, es la suspensión del registro hasta por el plazo de un año.

Durante la ejecución del contrato, es de responsabilidad del contratista mantener la garantía vigente, es decir, canjearla por otra de mayor monto o extender su plazo de vigencia, en los casos en que se aumente el contrato o se otorgue un aumento de plazo.

Respecto a los anticipos. Las Bases pueden considerar el otorgamiento de "anticipo" a cuenta del precio de la obra. El anticipo no podrá ser superior al 50% del valor de la obra. El contratista debe solicitarlo dentro del plazo indicado precedentemente y, en tal caso, se celebrará un convenio entre éste y la entidad licitante en que se establecerá el monto del anticipo, forma de devolución y reajustabilidad, en su caso. El anticipo debe caucionarse con boleta de garantía.



Respecto a las multas. El incumplimiento del plazo contractual da origen a una multa, equivalente a uno por mil diario del monto del contrato. Pueden establecerse multas por otros incumplimientos. Las multas se aplican administrativamente, sin forma de juicio, pudiendo emplearse para su cancelación además de los estados de pago, las retenciones o las garantías del contrato si aquellas no fueren suficientes.

Respecto a la cesión del contrato y subcontratación. Sólo en casos justificados, el contratista puede solicitar el traspaso o cesión del contrato. Sobre ello resolverá la autoridad de la entidad licitante mediante resolución fundada y fijará el monto de la garantía que se exigirá al cesionario (a quien el contratista le vende o cede el contrato). El cesionario debe cumplir con los mismos requisitos de inscripción en el registro, en la especialidad y categoría y de capacidad financiera exigidos en la licitación. La resolución que autoriza la cesión debe ser suscrita ante Notario por el nuevo contratista, previa constitución de la garantía, el que se hace cargo de todas las obligaciones y asume los mismos derechos que el primitivo contratista en el contrato.

También el reglamento permite la subcontratación de partes o partidas de la obra (que en ningún caso podrán ser superiores al 30% de la obra), previa autorización de la Administración. Los subcontratos son útiles cuando se trata de ejecutar partidas que requieren especialidades distintas. Por Ejemplo, instalaciones eléctricas, jardines u otras.

El subcontratista, para que se otorgue la autorización, debe estar inscrito en el registro, en la categoría exigida en la licitación y en la especialidad que determinen los trabajos que va a realizar.

Como el subcontrato se celebra entre el contratista y el subcontratista, sólo derivan de él obligaciones y derechos para ambos. No interviene en el subcontrato la Administración, de manera que, frente a ella, el responsable de la totalidad de la obra y obligaciones del contrato con esta última, sigue siendo el contratista, incluso de lo que ejecuta el subcontratista, el que tampoco tiene derechos frente a la Administración.

Realice ejercicios nº 10 al 15

CLASE 07

h) Aspectos relevantes relativos a la ejecución de la obra

El reglamento no sólo regula el proceso de licitación de la obra, sino que también establece disposiciones que rigen la ejecución y término de la obra. A continuación, se darán a conocer los principales aspectos relacionados con la ejecución del proyecto licitado.



Inspección Técnica. Durante todo el periodo de ejecución de una obra pública, los trabajos son supervisados por un funcionario profesional del área de la construcción, al que se denomina Inspector Fiscal, el que está facultado para impartir instrucciones al profesional que el contratista ha puesto a cargo de la obra. El artículo 110 del Reglamento señala que se entenderá por inspector fiscal el profesional funcionario, nombrado por la autoridad competente, a quien se le haya encargado velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato.

El Inspector Fiscal puede actuar, además, con la asesoría de otros profesionales con conocimientos en materias técnicas específicas que se requieran. Por ejemplo, si en una obra se van a instalar paneles solares para calefaccionar, la Administración puede contratar a un especialista en su instalación para que asesore al inspector en esta materia.

 Libro de Obra. El inspector fiscal deberá contar para el desempeño de su cometido, entre otros antecedentes, con un libro denominado Libro de Obras, foliado y en triplicado, en el cual se individualizará la obra a ejecutar, al contratista y al inspector fiscal (art. 110).

La primera constancia que se dejará en el libro de obra es el de la fecha de la Entrega de Terreno, acto formal por el cual el Inspector Fiscal le entrega al contratista o al profesional a cargo de la obra, el trazado de la misma y las instrucciones iniciales. La fecha de la Entrega de Terreno marca la fecha inicial para contabilizar el plazo de ejecución.

En el Libro de obra sólo el Inspector Fiscal puede hacer anotaciones y se irán señalando los hechos más importantes durante el curso de la ejecución de la obra, en especial el cumplimiento por parte del contratista de las especificaciones técnicas y de las obligaciones contraídas en conformidad a las bases administrativas.

Cualquier orden o comunicación que el inspector fiscal dirija al contratista, a través del Libro de Obras, deberá ser recibida por el profesional del contratista a cargo de los trabajos, y en su ausencia por quien éste haya designado responsable, dejando constancia de la recepción en su nombre, firma y fecha en el folio respectivo. Si el contratista se negare a firmar, el inspector fiscal deberá dejar constancia de tal hecho.

 Pagos y Retenciones. El pago de la obra ejecutada se hará mediante estados de pago, quincenales o mensuales, cuyo monto mínimo será indicado en las Bases, según avance de obra. En ningún caso puede pagarse un porcentaje del precio mayor al porcentaje de obra ejecutado a la fecha del respectivo pago.

Salvo que en las Bases se estipule otra cosa, de cada estado de pago se debe retener un 10% del valor de la obra pagada, hasta enterar unos 5% del valor total del



contrato, incluidos sus aumentos. A estos dineros se les denomina "retenciones" y constituyen una garantía de la correcta ejecución de los trabajos y del cumplimiento de todas las obligaciones del contrato.

Terminación de la Obra y Recepción. Terminada materialmente la ejecución de los trabajos, el contratista debe comunicarlo por escrito al inspector fiscal y solicitar la recepción de la obra. La recepción de la obra por parte de la Administración consta de dos actos que se llevan a efecto por una comisión especialmente designada al efecto, éstas son la recepción provisional y la recepción definitiva.

Respecto a la recepción provisional. Se lleva a cabo una vez que el contratista anuncia al inspector fiscal el término de los trabajos, siempre que éste último verifique que la obra haya sido correctamente ejecutada, conforme a las Especificaciones Técnicas. El inspector, verificada la situación anterior, deberá comunicarla al Director de Obras dentro del plazo de 5 días. La recepción provisional de la obra en el caso de Obras Mayores se hará por una comisión especial compuesta por tres integrantes, todos funcionarios del Ministerio d Obras Públicas (en el caso d obras menores la comisión estará compuesta por dos profesionales universitarios y a lo menos uno de ellos debe pertenecer a la dirección).- Una vez que la comisión ha comprobado la correcta ejecución de la obra dará curso a la recepción provisional levantando acta al efecto, firmada por todos los miembros y si lo desea por el contratista o su representante.- Si en cambio, la comisión observa defectos en la obra, elaborara un informe detallado y la autoridad administrativa informará por escrito de ello al contratista fijándole un plazo para subsanar tales defectos a su costa. Si el contratista no hace las reparaciones dentro de plazo, la Administración puede contratarlas con un tercero y se pagan con cargo a las retenciones y, si éstas no fueren suficiente, con cargo a la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

Aprobada la recepción provisional, se devuelven las retenciones al contratista y comienza a correr un plazo de garantía administrativa del contrato, denominado periodo de buena ejecución.

La duración de este periodo se determina por las Bases y, si no lo hicieren, las fija el Reglamento en un año para obras mayores y seis meses para obras menores. El propósito del plazo de buena ejecución es que, si hay defectos de construcción o en los materiales que no es posible apreciar en la recepción provisoria, éstos queden en evidencia por el transcurso de tiempo a objeto de que se subsanen por quien ejecutó la obra.

Para garantizar que puedan subsanarse los defectos, recibida provisionalmente la obra, se exige al contratista una "garantía de buena ejecución de la obra" que exceda en su vigencia al plazo de buena ejecución. Si el contratista no subsana los defectos que se le informaren dentro del plazo que le fija la autoridad administrativa, las reparaciones pueden ser contratadas con un tercero y, en tal caso, se pagan con cargo



a la garantía de buena ejecución.

Respecto a la recepción definitiva. Sólo transcurrido el plazo de buena ejecución y, en el caso de que quedarán en evidencia defectos durante el periodo de buena ejecución, corregidos éstos, se procede por la Comisión a la recepción definitiva de la obra.

Terminación anticipada del contrato. Lo normal es que el contrato de obra pública termine con la ejecución conforme de las obras realizadas dentro del plazo inicial previsto. Sin embargo, el Reglamento también contempla la posibilidad de que se ponga término anticipado al contrato, por causales imputables al contratista, por decisión de la autoridad administrativa, o de común acuerdo de las partes.

Las causales de terminación anticipada del contrato por causas imputables al contratista están señaladas en el artículo 151 del Reglamento.

Por Ejemplo

La condena por delito que merezca pena aflictiva; la declaración de quiebra del contratista; si no se diere cumplimento al programa oficial o al programa de trabajo; si el contratista no acatare las órdenes e instrucciones de la inspección técnica; etc.

Si el contrato termina anticipadamente, la obra quedara inconclusa y, por tanto, la Administración requerirá contratar su terminación. Sea que contrate por administración delegada o con un nuevo contratista, si el costo de la terminación de las obras a los precios de quien la ejecutará es superior al que consideraba el contrato a que se le puso término, la diferencia de valor es de cargo del contratista a cuyo contrato se le puso término.

Por tal razón, el Reglamento dispone que, en caso de terminación anticipada de contrato, se mantendrán sus garantías y retenciones, pues, en la situación planteada, de ellas se descontará el mayor precio de la terminación de la obra, así como las multas que afecten al contratista y cualquier otro perjuicio que resulte para el Fisco o la entidad que financió la obra, del término anticipado.

La terminación anticipada de un contrato, significa también para el contratista, la suspensión del Registro.



1.6.2. El Contrato Administrativo de Concesión de Obra Pública

En este contrato administrativo se encomienda a un particular construir una obra pública a su entero costo, a cambio del derecho a explotar la obra durante cierto tiempo, cobrando una tarifa a los usuarios. Transcurrido ese tiempo, la obra pasa a poder del Estado. Por ejemplo, construcción de una carretera, o un tramo de ella.

No debe confundirse este contrato de concesión de obra pública con la concesión de servicio público, que tiene lugar cuando la Administración encomienda a un particular, persona natural o jurídica, la explotación y funcionamiento de un servicio público por su cuenta y riesgo, recibiendo como remuneración el derecho a percibir de los usuarios del servicio una tasa o tarifa mientras dure la concesión.

Por Ejemplo

Electricidad, distribución de agua potable, alcantarillado, telefonía, etc.

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que el contrato de concesión de obra pública es un acuerdo de voluntades entre la Administración y un tercero, por medio del cual este último se obliga a construir una obra pública a su costa, a cambio de cobrar en su favor, durante cierto tiempo, tarifas a los usuarios, consintiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de Derecho Público.

Este sistema de concesión de obra pública se ha transformado en una asociación de lo público con lo privado, que se traduce en un claro reconocimiento del principio de subsidiariedad recogido en el Art. 1º de la Constitución Política de la República.

De la definición se desprenden los elementos que caracterizan a este tipo de contrato administrativo, a saber:

- 1. El objeto del contrato, que es construir una obra pública.
- 2. El sujeto que debe realizarla, que es un tercero ajeno a la Administración.
- 3. El Financiamiento de la obra es de cargo del tercero que la ejecuta.
- 4. El beneficio que al tercero se le otorga como contrapartida es el derecho a cobrar en su favor, durante cierto tiempo a los usuarios, una tarifa o peaje.
- 5. La relación entre el Estado (entidad concedente) y el particular (concesionario) está regulada por normas de Derecho Público.

Este contrato está regido por las normas contenidas en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas Nº 294 de 1984, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, con todas sus modificaciones legales posteriores, introducidas por la Ley Nº 19.474, y en el D.F.L.



MOP Nº 164 de 1991, o Ley de Concesiones, con las modificaciones legales introducidas por las Leyes Nº 19.252 de 1993, Nº 19.460 de 1996 y Decreto MOP Nº 956 de 1997.

Según este régimen normativo, el contrato administrativo de concesión de obra pública puede disponerse para ejecutar todas las acciones comprendidas en los conceptos de ejecutar, conservar o reparar cualquier obra de naturaleza inmueble que invista el carácter de bien nacional de uso público o bien fiscal, otorgándose al concesionario como contrapartida de su gestión, en forma temporal, la explotación o el uso de la obra por él construida, reparada o conservada, y/o también en forma temporal, el uso y/o goce de bienes de la naturaleza referida, en las áreas destinadas a la prestación de los servicios que se convengan.

Iniciativa en Materia de Concesiones de Obra Pública

Antes de decidir la licitación de una concesión de obra pública, debe hacerse un estudio de prefactibilidad técnica y económica, mediante el cual se determina si la obra es realizable y económicamente rentable.

La iniciativa de llevar adelante un proyecto con esta modalidad puede provenir de la propia Administración o de un privado.

En el caso de la Administración, es el Ministerio de Obras Públicas y sus direcciones dependientes quienes definen el proyecto y, aprobada su prefactibilidad, lo integran en su plan anual de obras para ser licitado y llevarlo a efecto vía concesión.

Si la iniciativa proviene de un privado, su tramitación está regulada en los artículos 4º y siguientes del Reglamento de Concesiones, Decreto N° 956 del MOP; cuyo procedimiento consta de las siguientes etapas:

- Cualquier persona natural o jurídica puede presentar al Ministerio de Obras Públicas proyectos de ejecución de obras, vía concesión, siempre que la obra no esté al momento de la presentación siendo analizada por el MOP para ser ejecutada mediante este mismo sistema.
- La calificación de tales postulaciones debe ser resuelta por dicho Ministerio, en forma fundada, dentro del plazo máximo de un año contado desde su presentación.
- Si se aprueba la postulación presentada, el Ministerio debe someter el proyecto a licitación pública dentro del plazo de un año, contado desde que se aprobó su prefactibilidad.
- Si el autor del proyecto participa en la licitación tiene derecho a que en la evaluación de su oferta se considere un premio en los términos que señale el Reglamento o las Bases y que normalmente consiste en el reconocimiento de un incremento de su puntaje final.



 El Ministerio puede ofrecer al postulante el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición, valores que serán de cargo de la Administración si el proyecto no se licita o si se hace por un sistema distinto al de la concesión, o de cargo del adjudicatario de la concesión si el proyecto se licita y lo obtiene una persona distinta.

Proceso de Licitación

Las normas establecidas en el D.S. 294/84 del Ministerio de Obras Públicas regulan la forma en que deberá llevarse a cabo el proceso de licitación, de modo tal de poder identificar la oferta más conveniente para el fisco de Chile.

A continuación, se darán a conocer las principales disposiciones que norman este proceso.

- Licitación Pública. El otorgamiento de una concesión de obra pública está sujeto a licitación pública. Esta licitación puede ser nacional o internacional, según se convoque dentro de Chile o se abra a la participación de empresas o consorcios internacionales, siempre que no se afecte la seguridad nacional. Previo a la licitación, deben encontrarse aprobados los estudios de factibilidad de la concesión y las bases administrativas, técnicas y económicas por las cuales deberá regirse el concurso.
- Convocatoria. Se efectuará mediante publicaciones en el Diario Oficial, diarios de circulación nacional o regional, y a través del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando corresponda.
- Consultas y aclaraciones. Dentro del plazo que señalen las Bases, antes de la apertura, los interesados podrán hacer consultas y aclaraciones a las Bases, las que respondidas por escrito, formarán parte integrante de las bases de la licitación.
- Presentación de las propuestas. Las ofertas deben presentarse en el día, hora y lugar indicados en el llamado a concurso, en dos sobres denominados Oferta Técnica y Oferta Económica.
- Promesa de constituir la sociedad que las Bases exijan. Debe hacerse presente que el contrato de concesión, según lo dispone la ley de concesiones, debe suscribirse con una persona jurídica denominada sociedad concesionaria, por ello se exige que el oferente en la etapa de postulación debe presentar una escritura privada de promesa de constituir la sociedad que exijan las bases, que generalmente será una sociedad anónima.
- Apertura. Las ofertas se abren ante la Comisión de Apertura fijada en las Bases. La Apertura se realiza en dos actos: apertura de la oferta técnica y, efectuada la evaluación de éstas, se realiza la apertura de las ofertas económicas sólo de aquellas propuestas



que calificaron técnicamente.

- Proceso de evaluación y selección de las ofertas. No difiere mayormente del estudiado en el contrato de ejecución de obra pública. La evaluación (primero, de las ofertas técnicas, y luego, de las ofertas económicas de las propuestas calificadas) está a cargo de una Comisión Evaluadora integrada en la forma que determinen las Bases.
- Adjudicación. La adjudicación se hace a través de decreto supremo expedido por el Ministerio de Obras Públicas y con la firma del Ministro de Hacienda. El decreto respectivo está sometido al trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República, luego debe publicarse en el Diario Oficial.

Del Contrato y sus Etapas

La contratación se lleva a efecto en similar forma a la estudiada para el contrato de ejecución de obra pública. Tres ejemplares del decreto que adjudica la concesión deben ser suscritos ante notario por el concesionario, en señal de aceptación, debiendo además uno de ellos protocolizarse ante notario, dejando copias del mismo en el Ministerio de Obras Públicas. Con el último trámite el contrato se entiende perfeccionado.

En materia de garantías; adjudicada la concesión, el concesionario debe rendir a lo menos dos tipos de garantías, una correspondiente a la etapa de construcción y otra a la etapa de explotación de la obra.

Respecto al objeto del contrato; éste comprende dos aspectos o etapas bien diferenciados:

- Construcción de la obra. La obra debe ejecutarse dentro del plazo fijado en las bases, bajo la supervisión del inspector fiscal designado. El concesionario no sólo tiene la obligación de terminar las obras en el plazo contractual sino que también debe ponerlas en servicio en la fecha o dentro del plazo que determinen las Bases. El incumplimiento de tales obligaciones está afecto a multas y otras sanciones.
- Explotación de la obra. Esta etapa se refiere a la puesta en servicio de la obra, para lo cual el concesionario debe hacer entrega a la Administración de un reglamento de servicio de la obra.

Comisión Conciliadora

Para el evento de que durante el desarrollo de la concesión se susciten controversias entre las partes con motivo de la aplicación o interpretación del contrato, la normativa prevé la existencia de un órgano denominado Comisión Conciliadora, integrado por tres profesionales universitarios, de los cuales cada parte designa a uno y el tercero se nombra de común acuerdo por ellas. A falta de acuerdo en la designación de este último, lo designa el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.



Corresponde también a esta Comisión conocer de las reclamaciones a que pueda dar lugar la ejecución del contrato o la adopción de la medida de extinción de la concesión. Su función es buscar un acuerdo entre las partes, pudiendo para ello formular proposiciones y recomendaciones de avenimiento.

Extinción de la Concesión

Una vez que la obra ha sido puesta en servicio y se encuentra operando, la concesión puede extinguirse o terminar por las siguientes causales:

- Cumplimiento del plazo de la concesión. Es la forma normal de término. Al extinguirse la concesión, las obras pasan a poder del Fisco y su administración al Estado, a través de los servicios pertinentes.
- Incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario.
- Mutuo acuerdo de las partes.
- Otras que se estipulen en el contrato de concesión.

Realice ejercicios nº 16 y 17

CLASE 08

2. RÉGIMEN DE BIENES NACIONALES

El artículo 598 del Código Civil define los bienes nacionales como "aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda."

La misma disposición clasifica enseguida estos bienes en: bienes nacionales de uso público o bienes públicos; y bienes del Estado o bienes fiscales.

Los Bienes Nacionales de Uso Público o Bienes Públicos

Establece el mismo artículo 598 que "si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos."

Las calles, plazas, puentes, caminos y en general los bienes nacionales de uso público que se ubican en el espacio terrestre quedan incluidos en lo que se denomina dominio público terrestre; el mar adyacente y sus playas forma el dominio público marítimo; los ríos y lagos, el dominio público fluvial y el espacio atmosférico, el dominio público aéreo.



Estos bienes, por su naturaleza, no son susceptibles de apropiación privada, es decir, los bienes nacionales de uso público están fuera del comercio humano.

Tampoco pueden adquirirse por prescripción. La prescripción adquisitiva, tratándose de bienes susceptibles de apropiación permite a una persona que ha poseído el bien durante un periodo extenso de tiempo que determina la ley y cumpliendo los demás requisitos, transformarse en dueño del mismo. Como se señaló, tratándose de bienes nacionales de uso público, no opera la prescripción. Dicho de otro modo, son imprescriptibles.

No puede constituirse respecto de ellos ninguna prohibición o gravamen (embargo, hipoteca, etc.) de las que contempla el derecho privado y no pueden ser objeto de expropiación.

El Estado no es dueño de estos bienes, sólo ejerce la tuición de ellos, a través de servicios de la Administración Centralizada, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, según el caso, los que se encargan de su guarda, cuidado y administración, asegurando el uso para todos los habitantes.

Los Bienes del Estado o Bienes Fiscales

De acuerdo con la norma citada del Código Civil, son los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

Constituyen el dominio personal del Estado o de entes públicos determinados y, el régimen de ellos está establecido por normas de Derecho Público, en particular el Decreto Ley Nº 1.939, de 1977, y sus normas reglamentarias, además de las normas que regulan el patrimonio de los gobiernos regionales contenidas en la Ley Nº 19.175, las que regulan el patrimonio municipal, contenidas en la Ley Nº 18.695, y de aquellas que regulan la adquisición y administración de los bienes raíces para las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones, contenidas en el Decreto Ley Nº 1.113 de 1975.

En lo no regulado por esta normativa especial, se les aplican las normas generales de los bienes de los particulares.

A diferencia de los anteriores, estos bienes quedan dentro del comercio humano y, por tanto, son susceptibles de apropiación.



2.1. Adquisición de los Bienes Nacionales

En cuanto a la adquisición de los bienes nacionales, sean bienes nacionales de uso público o bienes fiscales, operan las mismas formas de adquirirlos que los bienes privados. Así podrán llegar al dominio o la tuición del Estado por compraventa, permuta, donación, etc.

Llamará la atención que estas formas de adquirirlos operen también de bienes nacionales de uso público, como el mar, las playas, la atmósfera. Pero debe recordar que un Estado puede adquirir territorio y de esa forma incrementar el dominio público terrestre, marítimo, fluvial y aéreo.

Además, operan formas de adquirirlos propios del Derecho Público como las contribuciones e impuestos, las multas, que ingresan recursos en dinero al patrimonio público; los comisos (pérdida de los objetos e instrumentos del delito a modo de sanción); las expropiaciones por causa de utilidad pública y los empréstitos (préstamos).

Cualquiera sea la forma en que se adquieran los bienes, una ley general debe "afectarlos" al uso público, de este modo quedarán fuera del comercio humano y gozarán de las características que hemos señalado precedentemente. Por el contrario, la "desafectación" hará que tales bienes pierdan la calidad de bienes nacionales e ingresen al comercio humano, dejando de existir respecto de ellos las limitaciones que se han señalado

2.2. Administración de los Bienes Nacionales de Uso Público

En cuanto a la administración de los bienes nacionales de uso público, dependerá del "dominio público" (terrestre, marítimo, fluvial o atmosférico) de que se trate, los órganos que intervienen en ella. Así, hay que distinguir:

a) Dominio Público Terrestre

La mayoría de los bienes que lo integran (plazas, calles, parques, jardines, etc.) son administrados por los Municipios, conforme a las normas de su ley orgánica constitucional (Nº 18.695).

En cuanto a las calles y caminos, debe advertirse que hay que distinguir entre los construidos por particulares dentro de predios que les pertenecen, los que no son bienes nacionales de uso público aún cuando sus dueños permitan su uso a todos. En cambio, los construidos en terrenos públicos, lo son.

De acuerdo a la ley de caminos, Decreto MOP Nº 294:



- Son caminos públicos las vías de comunicación terrestre destinadas al libre tránsito situadas fuera de los límites urbanos de una población; las calles o avenidas que unan caminos públicos declaradas como tales por decreto supremo y las vías señaladas como caminos públicos en los planos oficiales de los terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluidos los concedidos a indígenas.
- Son puentes de uso público, las obras de arte construidas sobre ríos, esteros, quebradas, y en pasos superiores, en los caminos públicos o en las calles o avenidas que se encuentren dentro de los límites urbanos de una población.

La tuición de estos bienes (caminos y puentes) corresponde al Ministerio de Obras Públicas a través de su Dirección de Vialidad.

b) Dominio Público Marítimo

El mar adyacente comprende tres porciones de mar: el mar territorial (hasta las 12 millas medidas desde la línea de base) sobre el que el Estado ribereño ejerce plena soberanía; la zona contigua (hasta las 24 millas medidas desde la línea de base), en la que ejerce derechos de fiscalización o policía; y la zona económica exclusiva (hasta las 200 millas medidas de la misma forma), en que goza del derecho a explotar los recursos marinos sobre los cuales tiene soberanía.

Después de esa distancia, la alta mar es común a todos los hombres y según el artículo 585 del Código Civil, en su calidad de tal no es susceptible de dominio, por lo que ninguna nación, corporación o individuo tiene el derecho de apropiársela.

En tanto que, de acuerdo al artículo 594 del Código Civil, "se entiende por playa de mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan las más altas mareas."

En la reglamentación del uso y goce del mar territorial, porción de mar que constituye bien nacional de uso público y de sus playas intervienen la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, y el Servicio Nacional de Pesca. También los municipios en la reglamentación de las zonas de baño de los balnearios ubicados dentro de su territorio jurisdiccional.

c) Dominio Público Fluvial

El artículo 595 del Código Civil establece que todas las aguas son bienes nacionales de uso público.

El régimen de las aguas "terrestres" (por oposición a las marítimas) está establecido en el Código de Aguas. En cuanto a las lluvias, tendrán el carácter de terrestres o marítimas, según donde precipiten.



Conforme dispone el artículo 5º del Código de Aguas:

- Las aguas son bienes nacionales de uso público.
- A los particulares sólo se les otorga el derecho a su aprovechamiento (el agua se recoge de su cauce, se usa y se devuelve a éste).
- Este derecho de aprovechamiento se constituye por acto de autoridad. El derecho de aprovechamiento se inscribe en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

d) Dominio Público Aéreo

Como se recordará, el Estado ejerce soberanía sobre el espacio atmosférico que se ubica sobre su territorio físico y su mar territorial. En este espacio se reconoce a los particulares el derecho a usarlo para la navegación aérea. La fiscalización y control del uso de este bien nacional de uso público, corresponde a la Dirección General de Aeronáutica Civil, conforme a su ley orgánica N° 16.752, modificada por el Decreto Ley N° 3.450 de 1980.

2.3. Permisos y Concesiones sobre Bienes Nacionales de Uso Público

Si bien estos bienes no son susceptibles de apropiación por particulares, el Estado puede conceder a éstos permisos y concesiones temporales para su uso, mediante resolución de la autoridad competente.

En ambos casos, el particular al que se le otorgan puede usar u ocupar temporalmente un bien nacional de uso público. La diferencia está en que, en el caso del permiso, lo ocupará en su beneficio. En cambio, en el caso de la concesión es en beneficio del concesionario y del público en general.

El permiso y la concesión no constituyen contratos, sino actos unilaterales del Estado, es decir, es la sola voluntad de éste la que los origina.

Lo normal es que el permiso o concesión termine por el transcurso del plazo por el que se otorgó. Sin embargo, el Estado puede también revocar el permiso o concesión antes de expirar el plazo, sea porque el particular no cumplió con las condiciones en las que se le otorgó el permiso o concesión o por motivos distintos del incumplimiento. En este último caso, si así se estipuló al otorgarlo o, si el particular realizó obras en el bien nacional de uso público objeto del permiso o concesión, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado.

Por Ejemplo

El permiso que se otorga a un particular para instalar una planta de cultivo de moluscos o la concesión para hacer instalaciones y administrar un recinto turístico en la playa o a orillas de un río.



2.4. Administración de los Bienes del Estado o Bienes Fiscales

Las normas sobre administración de estos bienes están contenidas en el Decreto Ley Nº 1.939, de 1977. Su administración compete al Presidente de la República, quien las ejerce, salvo las excepciones que la ley determina, a través del Ministerio de Bienes Nacionales.

Entre los actos de administración de estos bienes se consideran:

- Otorgamiento de concesiones sobre bienes del Estado. La normativa señala las entidades a las que pueden serle otorgadas y establece que se efectuarán a título oneroso (cobrando por ellas) y sólo excepcionalmente en forma gratuita.
- Arrendamiento de bienes raíces. Se establece un plazo máximo, de cinco años si se trata de inmuebles urbanos y de diez para los rurales. Excepcionalmente, se puede extender el plazo hasta veinte años cuando el beneficiario sea alguna institución educacional, de beneficencia u otras personas o entidades públicas o privadas que destinen el inmueble a objetivos de interés nacional o regional.
- Destinación. Consiste en la asignación, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, de uno o más bienes del Estado, a la institución que lo solicita, con el objeto de que los emplee en el cumplimiento de sus fines propios. La destinación sólo puede ser dispuesta a favor de los servicios o entidades que integran la Administración del Estado, el Poder Judicial, los servicios dependientes del Congreso Nacional y la Contraloría General de la República.
- Afectación de bienes raíces. Consiste en cambiar de categoría a un bien nacional de naturaleza inmueble. Se contemplan dos clases de afectación: a) La afectación propiamente tal, que consiste en la posibilidad de que un bien fiscal o del Estado sea destinado al uso público, pasando por ende a adquirir la calidad de bien nacional de uso público; y b) La desafectación que consiste en el proceso contrario, es decir, en la posibilidad de que un bien que ya tiene la calidad de nacional de uso público sea destinado al uso exclusivo de una entidad determinada y en tal virtud adquiere el carácter de bien fiscal o del Estado.
- Los actos destinados a la conservación, protección y cuidado de los bienes del Estado, tales como: la recolección de la documentación necesaria para comprobar el dominio del Fisco sobre sus bienes, elaboración de catastros de bienes raíces fiscales; investigación de los derechos del Fisco sobre los bienes que estén en poder de particulares y que se presuma pertenecen al Estado, entre otras.



2.5. Disposición de los Bienes Nacionales

El Estado podrá disponer de los bienes nacionales dependiendo del tipo de que se trate; es decir, bien de uso público o bien fiscal; de lo cual dependerá que puedan o no ser entregados a un tercero en propiedad.

A continuación, se dará a conocer la disposición a la cual está facultado el Estado respecto a los bienes nacionales de uso público y a los bienes fiscales.

Disposición de bienes nacionales de uso público

Estos bienes no son susceptibles de propiedad, en consecuencia, mientras tengan tal carácter, el Estado no puede disponer de ellos. Sólo previa desafectación que se realiza en virtud de ley, dejarán de ser bienes nacionales de uso público y podrá disponerse de ellos.

Disposición de los bienes del Estado o bienes fiscales

En esta materia hay que distinguir entre bienes muebles y bienes raíces.

a) Bienes muebles. Se puede disponer de ellos previo un procedimiento que se denomina "baja" del bien. El o los bienes que el Estado ya no requiere para el cumplimiento de sus funciones se dan de baja, mediante resolución de la autoridad competente.

Si estos bienes se encuentran en buenas condiciones, se dispone de ellos en pública subasta (remate) que se realiza por la Dirección General del Crédito Prendario. Si, en cambio, son bienes muebles no utilizables (deteriorados, que no se pueden reparar, destruidos), se dan de baja sin enajenación mediante resolución de la autoridad competente. Si están deteriorados o pueden ser de alguna utilidad, se faculta para donarlo a instituciones sin fines de lucro que persigan objetivos de interés social.

b) Bienes Raíces. La regla general es que estos bienes deben disponerse a título oneroso (recibiendo un precio por ellos).

La normativa faculta al Presidente de la República para que, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, venda los bienes inmuebles que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines del Estado a personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. La venta puede hacerse directamente, previa propuesta pública o privada, o en subasta. El precio o el mínimo lo determina una Comisión especial de enajenaciones. Quien adquiere el bien debe pagarlo al contado o dentro del plazo que previamente se establezca.

Excepcionalmente, se puede disponer de bienes raíces del Estado en forma gratuita,



a favor de servicios de la Administración del Estado, entidades públicas o privadas en que el Estado tenga aporte de capital, participación o representación, personas jurídicas de derecho público o privado que no persigan fines de lucro; personas naturales chilenas cuyos antecedentes socioeconómicos lo justifiquen o cuando se trate de casos contemplados en planes nacionales o regionales elaborados por el Ministerio de Bienes Nacionales y, por último, a favor de personas jurídicas que no persigan fines de lucro si con ello satisfacen una necesidad de bien público.

Normalmente, en el caso de disposición a título gratuito, se impone una prohibición de gravar y enajenar el inmueble donado durante el plazo de cinco años.

Realice ejercicios nº 18 al 20

CLASE 09

3. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO Y EXPROPIACIONES

La Constitución de 1980 consagra una amplia protección al dominio y a la propiedad privada. Sólo excepcionalmente y en virtud de ley pueden establecerse limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad.

La Constitución en el articulo 19 numeral 24 no define "la función social del dominio" sino que se refiere a su contenido al señalar que "Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental." Sólo estas causales, expresamente establecidas por el constituyente permiten limitar o imponer obligaciones al ejercicio del derecho de dominio.

Entre las restricciones más relevantes está la expropiación por causa de utilidad pública.

La expropiación permite al Estado hacerse de bienes para constituir dominio público, por ejemplo, trazar nuevos caminos, incorporar al patrimonio nacional una obra de arte, o para satisfacer necesidades de interés general, como por ejemplo, construir viviendas sociales.

En el ordenamiento jurídico chileno, las normas fundamentales que rigen esta institución se encuentran en la propia Constitución (artículo 19 Nº 24, incisos tercero y siguientes) y su regulación se completa en el Derecho Administrativo.



3.1. Legislación y Normas Fundamentales sobre Expropiaciones

El Decreto Ley Nº 2.186, de 1978, aprueba la Ley Orgánica del Procedimiento de Expropiaciones y establece, en su artículo 1º que: "Toda expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, cualquiera que sea la ley que la autorice o la institución que la decreta, se sujetará al procedimiento establecido en el presente texto".

Para que pueda darse origen a la expropiación deben existir ciertos requisitos generales; a saber:

- Debe existir causa de utilidad pública o interés nacional. Estos conceptos no están definidos legalmente, pues son esencialmente variables dependiendo de la realidad nacional y social.
- Calificación legal de la causal. Corresponde a la ley calificar expresamente la causa de utilidad pública o interés nacional que autoriza la expropiación (artículo 19 Nº 24 inciso 3° de la Constitución).
- Indemnización. El Estado no puede enriquecerse en perjuicio de los privados, por tanto, para hacerse de la propiedad de éstos cuando la utilidad pública o el interés nacional así lo demanda, debe compensar al particular por el daño patrimonial que le causa. La indemnización puede fijarse de común acuerdo por las partes (monto, forma de pago, etc.) o, si no hay acuerdo, el monto de ella se fijará por los Tribunales ordinarios de justicia, y deberá pagarse en dinero efectivo y al contado.

3.2. Procedimiento de Expropiación

Como se ha señalado, el procedimiento aplicable a todas las expropiaciones, cualquiera sea la ley que lo autorice o la institución que la realice, está regulado por el Decreto Ley Nº 2.186, de 1978.

A continuación, se señalan los aspectos más relevantes del procedimiento.

Actos Preparatorios

La entidad expropiante puede disponer un estudio de la expropiación de un bien determinado. El decreto o resolución que lo dispone se publica en el Diario Oficial y se inscribe en el Registro de Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces respectivo (Art. 2º DL 2186 de 1978).

Desde que se practica la inscripción, el bien raíz objeto del estudio se transforma en incomerciable, por tanto, no puede ser objeto de actos o contratos que impliquen su enajenación o gravamen (constitución de hipotecas, servidumbres, etc.)



Para proteger el derecho de propiedad, la ley impide que pueda renovarse la resolución de estudio antes de que hayan transcurrido tres años desde la fecha en que expiró la medida que dispuso el estudio previo anterior.

Sea que se haya ordenado o no un estudio previo, para iniciar el procedimiento de expropiación se designa una comisión de tres miembros, encargada de determinar el monto provisional de la indemnización. Estos peritos son elegidos de una lista aprobada por el Presidente de la República por Decreto del Ministerio de Hacienda (Art. 4º DL 2186 del 1978).

Para la tasación, se considera el valor comercial de la propiedad.

El Acto Expropiatorio

Si el órgano que requiere del bien forma parte de la Administración Central, la expropiación se dispondrá por el Presidente de la República mediante decreto supremo. Si se trata de un servicio desconcentrado o descentralizado, se ordenará por resolución del jefe superior del servicio.

El decreto o resolución, que constituye el "acto expropiatorio", debe contener las menciones que establece la ley, tales como la individualización del bien que se expropia y el monto provisional de la indemnización, referencia a la comisión que la fijó y la fecha de su informe.

Un extracto del acto expropiatorio debe publicarse dentro de los noventa días siguientes en el Diario Oficial, por una sola vez (el día primero o quince del mes o, al siguiente hábil si fuera feriado) y, también por una sola vez en un diario o periódico de la provincia donde el inmueble se encuentre ubicado. Copia del extracto debe también ser entregada por intermedio de Carabineros, a la persona que ocupe o detente (retenga) el bien expropiado.

Dentro del plazo de treinta días desde la fecha de la publicación, el expropiado puede reclamar ante el juez competente solicitando que se deje sin efecto la expropiación. Como fundamento de su reclamo podrá invocar: ilegalidad, por contravenirse las normas que regulan la expropiación o las que se refieren a la forma y condiciones de pago; para pedir que se disponga la expropiación total del bien o la de otra parte del mismo, por convenir mejor a sus intereses.

Si dentro del plazo indicado, el expropiado no reclama, se considera extinguido su derecho a formular el reclamo.

Fijación Definitiva de la Indemnización



La indemnización puede ser fijada:

 a) De común acuerdo por las partes. La ley otorga amplias facultades a las partes para convenir el monto de la indemnización, forma de pago, etc. No obstante, exige que el acuerdo se produzca antes de que expire el plazo para reclamar judicialmente (treinta días antes referidos).

Si las partes llegan a acuerdo, éste debe formalizarse en una escritura pública, en la que se dejará constancia de la voluntad del expropiado de allanarse (aceptar) a la expropiación y a la entrega material del inmueble en la forma o fecha que también se indicará.

b) Por el tribunal. Puede requerirse tanto por la entidad expropiante como por el expropiado. Este último lo hará al reclamar del monto provisional de la indemnización fijado en el acto expropiatorio.

En su demanda el reclamante debe designar un perito (profesional experto), en este caso en tasaciones, y lo mismo debe hacer la entidad licitante. Estos peritos deben emitir conjunta o separadamente un informe sobre la materia que permitirá al tribunal resolver, fijando la indemnización definitiva.

Pago de la indemnización.

Si existe acuerdo entre las partes en la fijación definitiva de la indemnización, ésta se paga de acuerdo a la forma convenida entre ellas.

Si, en cambio, no hay acuerdo (caso en que el expropiado demandó reclamando de la indemnización), la entidad expropiante debe consignar a la orden del tribunal (depositándolo en la cuenta corriente del tribunal) el monto de la indemnización provisional.

Efectos del pago de la indemnización.

Pagada la indemnización o efectuada su consignación (en la cuenta corriente del tribunal) se producen los siguientes efectos:

- El dominio del bien expropiado se entiende radicado en el patrimonio del expropiante, de pleno derecho (sin que se requiera una declaración expresa) y a título originario (entendiendo que su dominio no proviene del anterior, del expropiado).
- Se extingue la posibilidad de otros de alegar derechos o iniciar acciones relativas al bien expropiado por causas que existieran con anterioridad.



- Se extingue por el sólo ministerio de la ley el dominio del expropiado y también todos los derechos que afecten al bien expropiado, salvo las servidumbres legales⁷. También se extinguen todos los derechos de terceros respecto del bien, así como los embargos, medidas precautorias, prohibiciones y cualquier otro gravamen o prohibición sobre el inmueble, debiendo el Conservador de Bienes Raíces respectivo, cancelar las inscripciones vigentes de los derechos que se extinguen.

Toma de Posesión Material del Bien Expropiado

La toma de posesión del inmueble expropiado por parte de la entidad expropiante, cuando hay acuerdo, se verifica en la oportunidad y forma prevista en la escritura.

Si, en cambio, el expropiado se resiste a la toma de posesión material, la medida se llevará a efecto con el auxilio de la fuerza pública, lo que se pedirá al tribunal respectivo, esto siempre que se haya consignado en la cuenta del tribunal el monto de la indemnización provisional.

El expropiado puede oponerse también a la toma de posesión material, no porque esté en desacuerdo con el monto de la indemnización, sino porque, antes de que el expropiante entre en posesión material, quiere percibir los frutos naturales de la propiedad (por ejemplo si tiene sembrado o plantado), en cuyo caso el tribunal fijará un plazo prudencial para ello.

Si la entidad expropiante se opone a ello, el juez ordenará la entrega material, designando, en la misma sentencia, un perito para que concurra a la diligencia y levante un acta en que se deje constancia de la naturaleza, calidad, cantidad y valor de los frutos, cuyo precio, una vez determinado por el tribunal debe pagarse al expropiado, al contado y dentro del plazo de treinta días desde su fijación.

Producida la toma de posesión material, la propiedad se inscribe a nombre de la entidad expropiante en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, el que cancelará la inscripción antes vigente.

La Liquidación de la Indemnización

El procedimiento de liquidación de la indemnización tiene por objeto resguardar los derechos de acreedores del expropiado, que hayan obtenido con anterioridad a las resoluciones judiciales que les otorguen derechos sobre el bien objeto de expropiación.

Para tal efecto, el tribunal ordena la publicación de avisos, uno en el Diario Oficial y

⁷ Las servidumbres legales son relativas al uso público. Una servidumbre es el derecho en predio ajeno que limita el dominio en este y que está constituido en favor de las necesidades de otra finca perteneciente a distinto propietario, o de quien no es dueño de la gravada.



otro en un periódico correspondiente a la provincia donde se encuentre el inmueble expropiado, llamando a los terceros a hacer valer sus derechos sobre el monto de la indemnización, dentro de los veinte días siguientes a la última publicación. Para ello, el juez abre un expediente en el que se incorporarán tales solicitudes.

Si no concurren acreedores, simplemente, el total de la indemnización se paga al expropiado. Si, en cambio, concurren acreedores y se acreditan derechos, el juez es quien resuelve los derechos y créditos que se cancelan con cargo a la indemnización y, sólo si queda parte de ella, se le entrega al expropiado.

• El Desistimiento y Cesación de los Efectos de la Expropiación

El desistimiento es la decisión unilateral de la entidad expropiante de no perseverar en la expropiación y puede ser adoptada en cualquier momento y hasta el trigésimo día siguiente a la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que fija el monto definitivo de la expropiación.

La cesación de los efectos de la expropiación, opera a solicitud del expropiado y por sentencia judicial, cuando concurren las causales que específicamente establece la ley y que, en general, se refieren a omisiones de actuación en que incurre la entidad expropiante durante el procedimiento. Por ejemplo, no practica dentro de plazo la publicación del acto expropiatorio; no pide la autorización para entrar en posesión del inmueble, etc.

El desistimiento y la cesación producen los mismos efectos; éstos son:

- La expropiación se tiene por no realizada y deben cancelarse las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que se practicaron respecto del bien que se iba a expropiar.
- El bien no puede volver a expropiarse por la misma entidad dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que la expropiación quedó desistida o dejada sin efecto.
- En ambas situaciones el expropiado puede demandar judicialmente a la entidad expropiante, exigiendo el pago de una indemnización por los perjuicios que pudiera haber sufrido por todo este procedimiento.

Realice ejercicios nº 21 al 23



CLASE 10

4. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

El Estado posee amplias atribuciones y poderes. En un Estado de Derecho, la Administración Pública debe actuar con apego a la ley, conforme al ordenamiento jurídico y, en especial, a las normas jurídicas que la rigen.

Para asegurar esta premisa del Estado de Derecho, surge el control como herramienta que, no sólo busca asegurar que los órganos del Estado actúen conforme a la norma, sino, además proteger los derechos de los individuos frente al actuar de la Administración y, cautelar la correcta y eficiente inversión de los recursos públicos.

Existen diversas formas de control que, en principio pueden clasificarse atendiendo al órgano que lo realiza, ellos son:

Control Jurisdiccional.

Es el que realizan los tribunales de justicia, a través de los juicios en que se plantean cuestiones contencioso-administrativas, es decir, controversias en que una de las partes en conflicto es la Administración. Algunos sistemas jurídicos establecen tribunales especiales para conocer de lo contencioso – administrativo, en tanto que, otros, entregan el conocimiento y juzgamiento de estos asuntos a los tribunales ordinarios de justicia. El sistema chileno opta por esta última alternativa.

Controles No Jurisdiccionales.

El control jurisdiccional será estudiado, en mayor profundidad, en el punto 4.2 de la presente unidad. En este caso, el control es ejercido por órganos o entidades distintos de los tribunales que pueden formar parte de la Administración (internos) o bien, ser ajenos a ella (externos). Existen diversas formas de control no jurisdiccional; así la doctrina menciona:

- Control Popular.
- Control Radicado en el Poder Legislativo.
- Control Administrativo.

A continuación, se darán a conocer los distintos tipos de "control no jurisdiccional" que pueden aplicarse en la administración pública.

a) El control popular. En este caso, los propios administrados se transforman en colaboradores de la Administración cuando, a través de ciertos mecanismos previstos por la ley, reclaman o ponen en evidencia omisiones o transgresiones a las normas



jurídicas por parte de órganos del Estado o de otros particulares. Estos mecanismos son la acción popular y la denuncia.

Mediante la acción popular cualquier persona con capacidad para actuar en juicio puede reclamar de las infracciones a las normas en que incurra un órgano administrativo, aún cuando no tenga un interés personal en ello. En Chile se da acción popular, por ejemplo, en la ley Nº 17.288 de 1970 sobre Monumentos Nacionales para denunciar cualquier infracción a ella.

Mediante la denuncia, el particular pone una situación de omisión o infracción de ley en conocimiento de un órgano de control, provocando la actividad de éste. La denuncia se contempla en Chile en la legislación tributaria, sanitaria y de Aduanas.

b) Control radicado en el poder legislativo. En los sistemas políticos clásicos en que existe separación de funciones del Estado, existen mecanismos recíprocos de control entre los órganos del Estado. Así, formando parte de esta categoría el sistema político chileno, el control del ejecutivo se radica en el órgano legislativo y, particularmente, en una de sus cámaras: la Cámara de Diputados.

El legislativo ejerce control indirecto, es decir, a través de mecanismos, cuyo principal objetivo no es precisamente el control, tales como: las facultades de aprobar o rechazar la ley de presupuestos; la autorización previa que debe otorgar para la celebración de ciertos contratos por el ejecutivo; el acuerdo que debe prestar al nombramiento de ciertas autoridades por el Presidente de la República, o la acusación constitucional contra ciertas autoridades que, por el quórum que determina la Constitución, acuerda la Cámara de Diputados y resuelve el Senado.

No obstante, también la Constitución radica en un órgano del poder legislativo, la Cámara de Diputados, el control directo de los actos del ejecutivo. En efecto, el artículo 52 Nº 1 de la Constitución señala como atribución exclusiva de la Cámara de Diputados, la de "fiscalizar los actos de gobierno" y, consagra los mecanismos adecuados para ello. Al efecto, la Cámara podrá:

- Adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente, el que debe dar respuesta fundada a través del Ministro respectivo, dentro de los 30 días.
- Citar a un Ministro de Estado para formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. La asistencia del ministro es obligatoria y debe dar respuesta fundada a las preguntas que se le hagan.
- Crear comisiones especiales investigadoras, con el objeto de reunir información relativa a determinados actos de gobierno.
- c) Control administrativo. Este control es realizado por la propia Administración, a través



de órganos internos o por entidades externas, sea a iniciativa de los administrados por la vía de los recursos administrativos o de oficio, es decir, de propia iniciativa de la entidad de control sin previo requerimiento.

En el control administrativo se distinguen tres tipos de mecanismos de control, ellos son:

 Control interno o jerárquico. Es el que se ejerce dentro de la propia Administración Activa, por el superior jerárquico de la entidad o unidad que emite el acto objeto de control.

Está consagrado en el artículo 11 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone 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". Asimismo, en cuanto al contenido o fines de este control, agrega el inciso segundo "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". Es decir, se trata de un control tanto de mérito (eficiencia, eficacia y oportunidad de la decisión) como de legalidad (conformidad con las normas jurídicas aplicables). El Estatuto Administrativo (DFL N° 29 de 2004), establece como obligación de las jefaturas en los servicios públicos, el ejercer este control respecto de los actos de sus subordinados.

El control jerárquico, por regla general, se pone en marcha de oficio, es decir, por propia iniciativa de la autoridad o jefatura que debe ejercerlo. Pero también puede activarse a requerimiento de los administrados por la vía del recurso jerárquico, contemplado en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Recursos administrativos. También representan un mecanismo de control administrativo; y como se puede recordar son medios que se franquean a las personas para desaprobar una decisión adoptada por la administración, a quien se solicita que dicho acto se modifique o se deje sin efecto por vulnerar sus derechos o intereses, es decir, es la instancia dirigida a obtener la anulación, revocación o reforma de un acto administrativo presentada a la autoridad administrativa por el titular de un interés jurídico, de acuerdo con determinadas formas y dentro de los plazos prescritos en órgano de derecho.

Actúa como mecanismos de control administrativo, por cuanto a través de ellos los propios administrados pueden velar porque la actividad de la Administración se ajuste al Derecho.

- Control externo. Es el que se realiza respecto de determinados servicios públicos, por órganos que integran la Administración Activa del Estado distintos del órgano



que es objeto del control.

En cuanto a su alcance se trata en general, de fiscalización de mérito, aún cuando eventualmente puede alcanzar al control de legalidad.

En Chile existen diversos órganos que realizan control externo, además de funciones de asesoría, a determinados servicios o entidades. Como, la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Particular relevancia tiene en materia de control de la Administración, la Contraloría General de la República, a la que se hará referencia más detenidamente en las siguientes páginas.

4.1. La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es un órgano creado y dotado de atribuciones en los artículos 98 y 99 de la Constitución, para ejercer el control de la Administración.

Constituye un órgano superior de control externo que, en general ejerce control no jurisdiccional, salvo en los casos en que se lleva adelante un juicio de cuentas, en el que desarrolla control jurisdiccional, a través del respectivo tribunal de cuentas que se forma con personal de su dependencia.

En cuanto al alcance de las atribuciones fiscalizadoras, se extiende al control contable y jurídico, este último, preventivo y represivo, de los actos que realizan los diversos órganos de la Administración del Estado.

La Contraloría General de la República está dotada de autonomía. Se rige por las normas citadas de la Constitución Política y por su propia ley orgánica, la Ley Nº 10.336 (modificada por la Ley Nº 19.908 de 03.10.2003) y por la reglamentación interna que ella misma se dé para los efectos de su funcionamiento. No tiene dependencia jerárquica del Presidente de la República ni está sujeta a supervigilancia de dicha autoridad.

En cuanto a su organización interna se estructura en un orden piramidal, cuya autoridad superior es el Contralor General de la República.

Para desempeñar el cargo de controlar se requiere cumplir con estos requisitos, a Saber Art. 98 de la Constitucion : (Art. 98 de la Constitucion Politica de la República)

- Tener a lo menos diez años de título de abogado.
- Haber cumplido cuarenta años de edad.
- Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.



El contralor general es nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, adoptado por las tres quintas partes de sus miembros en ejercicio.

Desde su nombramiento, el Contralor goza de inamovilidad en el cargo. Durará en su cargo ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente

Le sigue en orden de jerarquía el Subcontralor, que también debe ser abogado y es nombrado por el Contralor General.

La Contraloría General de la República se integra por los Departamentos Jurídico, de Contabilidad y de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos; una Fiscalía, una Secretaría General, y los Subdepartamentos de Toma de Razón, de Registro de Empleados Públicos, de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos, de Crédito Público y Bienes Nacionales. Las jefaturas y funcionarios son nombrados por el Contralor General.

Además, la Contraloría General de la República se descentraliza funcional y territorialmente en Contralorías Regionales que desarrollan sus funciones en el ámbito territorial de la respectiva región.

Las funciones que debe desempeñar este organismo son fundamentalmente de carácter fiscalizador y comprenden:

a) Control jurídico. Los principales mecanismos de control jurídico son:

- El examen de constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley y de legalidad de los decretos supremos, y las resoluciones de los jefes de servicios, sometidas al trámite de toma de razón.
- La emisión de dictámenes que, en materia administrativa, tienen carácter obligatorio para toda la Administración.
- La fiscalización de la aplicación de las normas del Estatuto Administrativo y de las que regulan el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su control.

b) Control contable. Se traduce en las siguientes funciones:

- Efectuar el examen de los decretos que dispongan gastos, 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.
- Efectuar el examen o juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas que tienen a su cargo fondos o bienes públicos.
- Llevar la contabilidad general de la Nación.



- c) Control financiero. Está establecido en la Ley de Administración Financiera del Estado (D.L. N° 1.263, artículo 52). A la Contraloría le corresponde:
- Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado.
- Efectuar auditorias para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos. Para este efecto, está facultada para exigir a los servicios sujetos a su fiscalización, los informes necesarios para comprobar ingresos y gastos.

La única limitación que tiene la Contraloría es no intervenir en la órbita de otros Poderes del Estado, de modo que no puede intervenir ni informar en los asuntos de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, los que son de conocimiento del Consejo de Defensa del Estado.

4.1.1. Funcionarios Obligados a Rendir Cuenta

En general deben rendir cuenta todo funcionario y toda persona o entidad que reciba, custodie, pague, administre, recaude o invierta rentas, fondos o bienes fiscales, municipales y de los demás servicios que determinen las leyes. Estas rendiciones deben realizarse por meses vencidos.

La Ley 10.336, orgánica de Contraloría, contempla las siguientes sanciones para aquellos funcionarios que no cumplan con la obligación de rendir cuentas:

- La no presentación oportuna de la cuenta puede acarrear para el funcionario infractor la suspensión indefinida del empleo, sin goce de sueldo, medida que se aplica directamente por el Contralor.
- Todo funcionario que deba rendir cuenta, esté en el ejercicio de un cargo o fuera del servicio, y no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al último día del período en que deba hacerlo, será castigado con una multa aplicada administrativamente por el Contralor o será arrestado por un término no mayor de un año, arresto que es decretado por los tribunales ordinarios a requerimiento del Contralor (art. 93).
- El Contralor puede ordenar que se retengan, por quien corresponda, las remuneraciones, pensiones o desahucios de los funcionarios o ex funcionarios que no hayan rendido cuenta o subsanado reparos de la Contraloría General dentro de los plazos fijados por las leyes y reglamentos respectivos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que esté sujeto el obligado a rendir cuenta (art. 89 inc. final).
- En el artículo 85º inciso 2º establece la siguiente presunción: Si pese a ser requerido por la Contraloría, el funcionario no presenta debidamente documentado el estado de la



cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores.

Realice ejercicios nº 24 y 25

CLASE 11

4.1.2. El Examen de Cuentas

Como se dijo anteriormente, corresponde a la Contraloría General de la República examinar las rendiciones de cuentas que efectúen los funcionarios de la administración pública; lo cual debe realizarse de acuerdo a la forma que se indica a continuación.

Rendida la cuenta, ella debe ser examinada a fin de fiscalizar si las rentas, fondos o bienes públicos en general han sido percibidos conforme a la ley, si en su inversión se ha dado cumplimiento a las normas legales que rigen el gasto y, finalmente, para comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad (artículo 95 de la Ley N° 10.336).

Este examen se realiza por el Departamento de Contabilidad de la Contraloría, sin perjuicio de las excepciones que la ley establece.

La ley determina que toda cuenta debe ser examinada, finiquitada o reparada en un plazo que no exceda de un año, contado desde la fecha de su recepción por Contraloría o, si las cuentas se revisan en el respectivo servicio, desde que los documentos respectivos se reciben por el funcionario de Contraloría a cargo de su examen.

Vencido ese plazo, cesa la responsabilidad del cuentadante (el que rinde cuenta) y la que pueda afectar a terceros. El o los funcionarios responsables del retardo incurren en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal (si la acción de retardo es constitutiva de delito) y civil (por los daños causados), de acuerdo a las normas generales.

El plazo de un año, comprende la rendición y el examen de las cuentas, pero no el juicio de cuentas, en caso que haya lugar a él, ha sostenido la jurisprudencia de la Contraloría.

Del examen de cuentas que realiza el funcionario del Departamento de Contabilidad de Contraloría puede resultar:

a) Que las cuentas estén conformes. En tal caso, el funcionario pone los antecedentes en



conocimiento del Jefe del Departamento, quien extiende el correspondiente finiquito, declarándola definitivamente aprobada (artículo 106 inciso final).

- b) Que las cuentas no estén conformes y no puedan ser aprobadas. En este caso hay que distinguir (art. 101):
 - Si la rendición carece de alguno de los requisitos exigidos para ella en la ley orgánica de Contraloría, se ha omitido el cumplimiento de cualquier norma legal o reglamentaria referente a contribuciones, aportes o impuestos a favor del fisco u otras instituciones, o disposiciones que ordenen alguna modalidad en la forma de recaudar las rentas, efectuar los egresos o rendir las cuentas, se formulará el reparo (se objeta la rendición), el que dará lugar a un juicio de cuentas.
 - Si se trata de errores que pueden enmendarse u otras deficiencias que, por su naturaleza no sean calificables de reparos, omisiones de documentos o errores de imputación, se harán presentes como "observaciones", a objeto de que sean subsanadas dentro del plazo que al efecto se fije. Si las observaciones que consisten en la omisión de documentos o errores de imputación no se subsanan oportunamente, se formulará derechamente el "reparo".

4.1.3. El Juicio de Cuentas

Cuando la Contraloría General de la República, como organismo de control externo, lleva a cabo un examen de cuentas (a través de un funcionario del Departamento de Contabilidad) a alguna institución de la administración pública; y en éste detecta que la rendición presenta disconformidades respecto a la normativa, se deberá ejecutar el respectivo reparo o demanda.

El reparo es formulado por el Jefe de la División (a nivel central) o el Contralor (a nivel regional) que corresponda, ante el Subcontralor General; quien se constituye en el juez de primera instancia. El reparo equivale a la demanda en el juicio de cuentas y marca el inicio de éste.

El reparo debe contener: a) la individualización de él o los demandados; b) una exposición somera de los hechos y de los fundamentos de derecho; y c) una enunciación precisa y clara de las peticiones que se sometan al juez.

A continuación, se dará a conocer ante quiénes se debe interponer la demanda o reparo; así como también el procedimiento que sigue el juicio de cuentas, los recursos que puede interponer el demandado para alterar los fallos emitidos; y los mecanismos utilizados para dar cumplimiento a la sentencia dictada.



El tribunal de cuentas

El juez de primera instancia (primer grado de conocimiento del juicio), en el juicio de cuentas será el Subcontralor General. Designará a un secretario, que debe ser abogado, al que corresponderá actuar como ministro de fe, y autorizar las providencias y actuaciones del tribunal; custodiar los procesos y documentos que sean presentados; efectuar las notificaciones y las diligencias que le encomiende el juez.

El Tribunal de segunda instancia (para el segundo grado de conocimiento del juicio, que se inicia por vía de apelación) es colegiado y está integrado por el Contralor General, quien lo preside, y por dos abogados que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria, los cuales son designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor General. Estos últimos duran cuatro años en sus cargos.

El juicio de cuentas propiamente tal

La demanda debe notificársele al demandado conforme las normas de los artículos 40 y 41 del Código de Procedimiento Civil. La regla general es la notificación personal. No obstante, la ley también se pone en la situación de que éste no sea ubicado, que resida en el extranjero o que deba notificarse a personas cuya residencia sea difícil de determinar, señalando la forma en que se practicará la notificación. En este último caso, el artículo 108 faculta para practicar la notificación al demandado por cédula.

El demandado dispone de un plazo fatal de quince días, contados desde la notificación, para contestar los reparos, plazo que se amplía de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil si el demandado reside fuera de los límites urbanos de la ciudad. Deberá acompañar a la contestación los documentos que estime convenientes para su defensa.

Si los reparos no son contestados dentro de plazo, el juez puede conceder una ampliación de plazo, o bien, declarará la rebeldía de oficio (institución que tiene por ausente en el juicio a quien no comparece, entendiendo que se opone a la demanda).

Contestada la demanda o declarada la rebeldía, el expediente se envía al Jefe del Departamento (Departamento de Contabilidad), para que lo informe dentro del plazo de treinta días.

Enseguida, se remite para su contestación al Fiscal, quien es parte en el juicio, en representación de los intereses del Fisco o de las instituciones públicas afectadas. El Fiscal debe informar dentro de 15 días y, hecho, enviar el expediente al Juzgado de Cuentas (art. 110).

En los juicios de cuentas se considerarán como medios legales de prueba los documentos que se acompañen a la contestación de los reparos, los que aporten las partes



con posterioridad a la contestación y las diligencias o medidas que decrete el juez para mejor resolver. El juez puede abrir un término probatorio de quince días, prorrogable si las circunstancias lo ameritan, para rendir otras pruebas documentales después de la contestación (art. 111).

Si durante la tramitación del juicio se advierte la existencia de hechos delictuosos que no tenga conocimiento la justicia ordinaria, el juez de primera instancia ordenará formular la denuncia correspondiente y si estima que esos hechos tienen relación directa con el reparo objeto del juicio, suspenderá el procedimiento hasta que recaiga resolución ejecutoriada en el juicio criminal.

Lo normal es que, rendidas las pruebas, afinadas las diligencias para mejor resolver, vencidos los plazos y salvados los errores u omisiones que el juez observe en el proceso y que puede corregir de oficio, el expediente queda en estado de sentencia, la que debe ser dictada en el plazo de treinta días, contados desde la última diligencia.

La sentencia de primera instancia se notifica a las personas a quienes afecte, y además al Fiscal de la Contraloría, y debe ser puesta en conocimiento del Jefe del Departamento que tuvo a su cargo el examen de la cuenta una vez que quede ejecutoriada (art. 113). La sentencia de primera instancia queda ejecutoriada cuando se dicta, se notifica a los afectados y transcurren los plazos para interponer recursos legales, sin que se hayan deducido.

El artículo 114 señala las menciones que debe contener la sentencia. En su parte resolutiva, la sentencia contendrá la decisión de absolver al cuentadante o de condenarlo a los reembolsos (a devolver los dineros) correspondientes.

Tanto el juez de primera instancia, como el tribunal de segunda instancia podrán en el fallo dispensar (perdonar) las faltas o defectos que, a su juicio, no signifiquen menoscabo de los intereses sujetos a la fiscalización de la Contraloría (artículo 115).

En todo caso, si por la naturaleza de los hechos investigados no procediere condenar al cuentadante a reembolso, el juez de primera instancia podrá considerar el motivo del reparo como una infracción administrativa y aplicar al cuentadante alguna de las medidas disciplinarias contempladas en el Estatuto Administrativo, siempre que ella no importe la expiración de funciones.

Recursos contra la sentencia

Contra la sentencia de primera instancia procede el recurso de Apelación que se interpone, dentro del plazo fatal de quince días, contados desde su notificación más el aumento de la tabla de emplazamiento del Código de Procedimiento Civil, ante el juez de cuentas, para que conozca el tribunal de segunda instancia.



Si el apelante no agrega a su presentación nuevos antecedentes, el tribunal de segunda instancia podrá resolver sin más trámite.

En cambio, si en la apelación se ofreciere rendir pruebas que no hubieren podido rendirse en primera instancia o se alegaren hechos nuevos, el tribunal podrá, de oficio (de propia iniciativa) o a petición de parte, abrir un término especial de prueba que no podrá exceder de diez días.

Contra la sentencia de segunda instancia, sólo procede el recurso de revisión ante el mismo tribunal que conoció y falló en segunda instancia. El plazo para interponerlo es de seis meses para los residentes en el país y de un año para los que se encuentren ausentes de él, contados desde la fecha de notificación de la sentencia de segunda instancia.

El recurso de revisión tiene por objeto obtener que el propio tribunal modifique su fallo y sólo puede fundarse en las causales que determina la ley, salvo el caso de que la sentencia no condene pecuniariamente (al reintegro de dinero), sino que aplique una medida disciplinaria de aquellas establecidas en el Estatuto Administrativo, caso en que siempre procederá la revisión.

Cumplimiento de la sentencia

Sea que se trate de la sentencia condenatoria de primera instancia (no hubo apelación) o de la sentencia de segunda instancia (se apeló), el pago o reembolso de las sumas determinadas por la sentencia debe hacerse dentro del plazo de diez días, contados desde que ésta queda ejecutoriada, es decir, desde que no proceden ya recursos ordinarios en su contra. A partir de los diez días, si no se ha efectuado el pago, el responsable deberá pagar un interés penal del 1% mensual, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan.

Si el funcionario, al que se le requiere el cumplimiento de la sentencia por el juez de primera instancia, no la cumple, debe ser suspendido de su empleo por el Contralor. Si dentro de los dos meses siguientes a la suspensión, no hubiere hecho el reintegro, será separado de su cargo (destituido), sin perjuicio de que se inicien las acciones pertinentes en su contra para obtener el reintegro.

Sin embargo, el Contralor puede ordenar que se descuenten directamente de las remuneraciones del funcionario, por la entidad empleadora, las sumas equivalentes a los cargos que hubieren resultado en su contra (artículo 125).

El cumplimiento forzado de la sentencia (en caso de que el funcionario condenado no la cumpla voluntariamente) se pide ante los Tribunales ordinarios de justicia por la Fiscalía del órgano contralor, sin perjuicio de que intervenga el Consejo de Defensa del Estado velando por el interés fiscal o público.



Finalmente, debe agregarse que, el juicio de cuentas también puede originarse en un sumario administrativo que lleve adelante la Contraloría, si se detecta la responsabilidad civil del funcionario sumariado en los bienes que administra o custodia. En este caso, las conclusiones del sumario constituirán el examen de cuentas y el Contralor dispondrá que se pongan a disposición del juez de primera instancia para iniciar el juicio de cuentas (art. 129).

Realice ejercicios nº 26 y 27

4.2. El Control Jurisdiccional de la Administración

Como se dijo anteriormente, este tipo de control es el que se realiza por los tribunales de cualquier naturaleza, a través de juicios iniciados por la interposición de una acción o recurso, que plantean cuestiones contencioso—administrativas.

Lo contencioso administrativo involucra la existencia de un litigio o conflicto en que es parte la Administración. No obstante, no todo conflicto en que interviene la Administración puede entenderse comprendido en esta expresión.

Asunto discutido en doctrina es el criterio que determina cuando se está frente a una materia contenciosa administrativa. La doctrina francesa, de gran influencia en el Derecho Administrativo, ha sostenido que para distinguir lo contencioso administrativo debe atenderse a la ley decisoria de la litis (la ley que resuelve el conflicto), de manera que lo será cuando la ley sea administrativa.

En la doctrina nacional, se ha sostenido que lo contencioso administrativo alcanza a las controversias en que sea parte la Administración, que se relacionen con la aplicación de actos administrativos (y no de gobierno) y que se consideren viciados de ilegalidad, causando lesiones a un derecho subjetivo de los administrados.

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Se trata de determinar cuál debe ser el órgano que conozca y resuelva los asuntos contencioso – administrativos.

En doctrina, existen dos tesis al respecto:

 a) La tesis judicial o judicialista, que sostiene que sólo al Poder Judicial compete la función de administrar justicia, independiente del tipo de conflicto de que se trate y quien intervenga en el litigio.

En los sistemas políticos en que se sigue esta doctrina, el conocimiento y



juzgamiento de los asuntos contencioso administrativos, se entrega a los tribunales que integran el Poder Judicial. Tal ocurre, por ejemplo, en Inglaterra, Estados Unidos, Suecia, entre otros.

b) La tesis administrativa, en cambio, fundada en el principio de separación de poderes, sostiene que éste implica no sólo la división de funciones, sino también el respeto al ejercicio de las funciones de uno de los poderes del Estado por los otros. Sostiene que, si el poder judicial conoce de las materias contencioso administrativas se estaría afectando este principio, al cuestionar éste la actuación del poder ejecutivo como órgano administrador.

En los sistemas políticos que siguen esta segunda tesis, el conocimiento y juzgamiento de lo contencioso administrativo puede radicarse en:

- Órganos de la propia Administración que conocen de estos asuntos, al menos en primera instancia.
- Órganos mixtos, compuestos por integrantes de la Administración y del Poder Judicial.
- Tribunales especiales, que no forman parte ni de la Administración, ni del Poder Judicial.

En Chile, no existe un tratamiento sistemático de lo contencioso administrativo. Diversas leyes contienen procedimientos especiales para materias específicas, como por ejemplo:

- En el Decreto Ley Nº 2.186, de 1978, sobre procedimiento de expropiaciones, se entrega a los tribunales que integran el poder judicial, el conocimiento y juzgamiento de los conflictos que se susciten.
- La ley Nº 19.886 sobre compras y contrataciones públicas, crea un tribunal especial, el Tribunal de Contratación Pública, integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de la Corte Suprema, a quien entrega el conocimiento y resolución de los conflictos a que den lugar los procedimientos de contrataciones regulados por la ley.

El texto original de la Constitución vigente, en su artículo 35 (hoy 38) se refería a los tribunales "contencioso-administrativos". No obstante, la reforma introducida en el año 1989 eliminó tal expresión, quedando la norma, actualmente contenida en el artículo 38 de la siguiente forma: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los "tribunales" que determine la ley..." También en el artículo 82 inciso 1º (antes 79) se suprimió la frase final que declaraba que "los tribunales contenciosos-administrativos"



quedarán sujetos a esta superintendencia - la de la Corte Suprema – conforme a la ley", manteniendo la norma general contenida en el inciso primero, de acuerdo a la cual los tribunales en general quedan sometidos a la superintendencia del máximo tribunal.

Para la doctrina, de estas reformas constitucionales, de la consagración del principio de inexcusabilidad, de acuerdo al cual sometió un asunto a los tribunales de justicia, éstos no podrán excusarse de conocerlo y resolverlo ni aún a falta de ley que resuelva el litigio (art. 76 inc. 2º de la Constitución) y de la amplia competencia que el Código Orgánico de Tribunales entrega a los tribunales ordinarios de justicia. Por tanto, se concluye que la facultad de conocer y resolver la generalidad de los asuntos contencioso administrativos, radica en los tribunales que integran el poder judicial, salvo que una ley especial los entregue a conocimiento de un tribunal especial, ajeno a este poder del Estado. Tal ocurre, por ejemplo con el reclamo de avalúos de inmuebles que regula el Código Tributario, los asuntos de Aduanas y con el juicio de cuentas, regulado por la Ley Nº 10.336 (Ley Orgánica de Contraloría), la cual fue analizada en el punto 4.1.3. de la presente unidad.

4.3. El Recurso de Protección

En cuanto a las acciones o recursos que la legislación chilena entrega a los administrados para reclamar de los actos ilegales o arbitrarios de la Administración, ocupa un lugar de relevancia la acción constitucional de protección (recurso de protección) consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

Esta acción ampara los derechos fundamentales taxativamente señalados en el artículo 20 respecto de la acción u omisión ilegal o arbitraria de cualquier autoridad o persona, no sólo de la Administración y sus órganos, que perturbe, prive, amenace a su titular en su legítimo ejercicio.

Para que proceda el recurso de protección se requiere que concurra:

- Un acto u omisión ilegal o arbitraria de un órgano de la Administración.
- Que en razón de éste, el afectado sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho.
- Que se trate de alguno de los derechos y garantías que expresamente señala el artículo 20.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, que conocen en primera instancia de este recurso, da cuenta de que frecuentemente se interpone impugnando una amplia gama de actos administrativos, tanto de la Administración central como descentralizada, que adoptan decisiones en las más diversas materias, tales como obras públicas (para reclamar de adjudicaciones, términos de contrato, etc.); seguridad social, aduanas, urbanismo,



control financiero, educación (cancelación de matrícula, expulsión o suspensión), e incluso se ha recurrido de la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.

CLASE 12

5. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado y de sus agentes por las decisiones que adopta y los actos que ejecuta, constituye una premisa del Estado de Derecho.

Ahora bien, es preciso distinguir entre la responsabilidad que puede afectar al agente o funcionario público y la responsabilidad del Estado.

La primera es la responsabilidad personal del individuo, en cuanto a agente público. De sus actuaciones en tal calidad puede derivar responsabilidad administrativa, si infringe las normas que regulan su actuar; responsabilidad penal, cuando los hechos que constituyen la infracción son además constitutivos de delito; responsabilidad civil por los daños que cause a terceros y, eventualmente, responsabilidad política, si se trata de alguno de los agentes respecto de los cuales ésta puede perseguir.

La responsabilidad del Estado, en cambio, es la que puede imputarse a éste por los perjuicios que se originen para terceros en contratos que celebre o por actos que son imputables a su voluntad. Así, el Estado es sujeto de responsabilidad civil, que puede ser contractual, si deriva de contratos celebrados por el Fisco; o extracontractual, cuando deriva de actos o decisiones imputables a su voluntad unilateral y que adopta en el ejercicio de sus funciones propias, sea en el ámbito legislativo, judicial o administrativo. Así se habla de la responsabilidad civil extracontractual del Estado Legislador, del Estado Juez y del Estado Administración.

Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual del Estado no supone necesariamente un acto ilícito o delito, sino que emana de actos lícitos, siempre que con ellos se haya causado daño a un tercero. Es el daño causado lo que genera para el Estado la obligación de responder de su decisión o acto.

Así, si no hay daño para un particular, no cabe responsabilidad sino, eventualmente, sólo la invalidación del acto si éste es irregular.

"Habrá responsabilidad del Estado entonces, toda vez que un particular haya sufrido un daño material o moral causado directamente por el Estado y que deba ser indemnizado por éste. En definitiva, la conducta dañosa puede ser lícita o ilícita y en algunos casos existirá daño apreciable pecuniariamente, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral."

El daño es apreciable pecuniariamente cuando puede avaluarse en dinero la pérdida



o perjuicio sufrido. Por ejemplo, si un vehículo cae a un hoyo no señalizado adecuadamente en la calle y esto le ocasiona daños mecánicos específicos que pueden avaluarse perfectamente por un mecánico. En cambio, existirá daño moral para sus familiares cercanos, por ejemplo, cuando por negligencia en un hospital público, fallece una persona o queda con graves secuelas.

5.1. Fundamento de la Responsabilidad del Estado

Si bien, se han planteado diversas teorías para explicar el fundamento de la responsabilidad del Estado, una de las teorías más aceptadas actualmente nace de la doctrina francesa, que la funda en la "falta de servicio" (faute de service).

Se define la "falta de servicio" como "un funcionamiento defectuoso del servicio y el carácter correcto o defectuoso del servicio se aprecia puramente en relación a lo que debe ser el funcionamiento del servicio por aplicación de las leyes y reglamentos que lo rigen."

Ahora bien, que la responsabilidad emane de la falta de servicio, implica sostener que los administrados tienen derecho a un funcionamiento normal o correcto de los servicios.

La doctrina señala como características de la falta de servicio, las siguientes:

- a) Es imputable directamente al Poder Público.
- b) Es apreciable en relación a lo que debiera ser el funcionamiento normal del servicio.
- c) Debe tener cierto grado de gravedad.

5.2. La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado en Chile

Si bien, la jurisprudencia de los tribunales registra fallos anteriores en que se hace responsable al Estado de sus actuaciones, basándose en las normas de la responsabilidad extracontractual contemplada en el Código Civil (aplicable a los particulares), sólo muy recientemente, la responsabilidad civil extracontractual del Estado ha sido recogida y reconocida por el Derecho Público chileno.

En efecto, en 1976, el decreto ley Nº 1.289, ley de municipalidades, introduce la noción de la "falta de servicio", como fundamento de la responsabilidad municipal y, más adelante, en 1986, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575, establece en sus artículos 4° y 42°, el régimen general de responsabilidad aplicable a los órganos que componen la Administración del Estado.



Por su parte, la Constitución Política de 1980, establece en el inciso 2° del artículo 38 la posibilidad de que el particular que haya sufrido un detrimento o menoscabo en su patrimonio a consecuencia de una acción u omisión de la Administración, sus organismos o las municipalidades, puede recurrir ante el tribunal que determine la ley, a fin de que se le indemnicen los perjuicios derivados de la actuación lesiva.

5.2.1. La Responsabilidad del Estado en la Constitución de 1980

El principio de responsabilidad de los órganos públicos se encuentra reconocido en varias disposiciones de la Constitución:

El artículo 1º inciso 4º de la Constitución consagra, como se ha tenido ocasión de ver anteriormente, una concepción instrumental del Estado, es decir, un Estado que no constituye un fin en si mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona, lo cual se relaciona directamente con el Bien Común como valor que debe realizar el Estado, al señalar que corresponde a éste "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 la Constitución establece.

La realización de este ideal de bien común se impone a todos los órganos del Estado y, por ende, a la Administración, lo que funda la idea de que si se daña o vulnera por ella alguno de los derechos o garantías que la Constitución reconoce a las personas, el Estado debe responder de ello.

El artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental, reconoce que los derechos fundamentales se alzan como límite a la soberanía. El Estado y sus órganos tienen el deber de respetar y de promover, no sólo aquellos reconocidos en el texto constitucional, sino también los que se reconozcan en los tratados internacionales ratificados por Chile que estén en vigencia. Refuerza esta norma la idea anterior, en el sentido de que si el Estado debe respetar y promover los derechos fundamentales, con mayor razón debe hacerse responsable de los actos y decisiones de sus órganos que los lesionen o afecten.

Los artículos 6º y 7º de la Constitución consagran los principio de legalidad y de supremacía constitucional.

Se establece que los preceptos de la Constitución obligan, no sólo a los órganos del Estado, sino también a los titulares o integrantes de dichos órganos. Establecen como sanción la nulidad de los actos que contravienen las exigencias de la legalidad y, finalmente, determinan que la infracción al principio de legalidad, acarreará las responsabilidades y sanciones que determine la ley, consagrando la responsabilidad del Estado y sus órganos.



El artículo 4º de la Constitución declara "Chile es una República democrática". Es de la esencia de la democracia el respeto y garantía de los derechos humanos, derechos que la Constitución, en el artículo 1º reconoce derivan de la dignidad humana, declarando como valores esenciales la propia dignidad, la libertad y la igualdad de las personas.

En el artículo 19 que contiene el catálogo de derechos reconocidos por la Constitución, se asegura en el número 2 "La igualdad ante la ley", lo que implica que no puede hacerse respecto de las personas diferencias arbitrarias, la ley debe ser general y tratar en las mismas condiciones a todos los que se encuentren en la misma situación. A esta norma debe agregarse el número 20 del mismo artículo, que constituye una manifestación específica del principio de igualdad ante la ley.

Del conjunto de estas disposiciones constitucionales emana el principio de responsabilidad del Estado como una de las bases del ordenamiento constitucional chileno y, por ende, el Estado debe reparar o indemnizar los daños que con su actuar, legítimo o ilegítimo, ocasione a las personas.

No obstante, este reconocimiento constituiría una mera declaración si no se reconoce el derecho al afectado para dirigirse contra quien ha causado el daño, por lo que las bases constitucionales citadas deben relacionarse, finalmente, con el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, disposición que recoge lo que la doctrina denomina la "acción constitucional de responsabilidad".

La acción constitucional de responsabilidad

Como se señaló, está consagrada en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, el que dispone: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

Esta norma permite al particular afectado dirigirse a los tribunales de justicia para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración, cuando con su actuar le ocasione un daño avaluable en dinero.

Como características de esta acción, la doctrina señala las siguientes:

- Es general, por cuanto se concede a cualquier persona que haya sido afectada en sus derechos por la Administración.
- Supone siempre la lesión de un derecho subjetivo del afectado (derecho del que es titular la persona, tales como los derechos de dominio, a la vida, a la integridad física).
- Es reparatoria, pues opera una vez que se ha producido el daño.



- Se dirige contra el patrimonio fiscal o el patrimonio del órgano descentralizado responsable y no contra el funcionario particular de cuya actuación derivó el daño.
- Es patrimonial, pues busca la reparación económica del daño causado.
- Es amplia, pues no distingue en cuanto al origen del da
 ño causado, incluyendo aquellos
 que provengan tanto de actos irregulares o ileg
 ítimos de la Administración, como de
 actuaciones l
 ícitas o ajustadas a derecho.

Debe tenerse presente, sin embargo, que no todo daño es indemnizable. En efecto, agrega la doctrina que para que proceda la acción es necesario:

- En primer término, que el daño tenga el carácter de antijurídico, esto es, que el afectado no esté jurídicamente obligado a soportarlo. Esto lo distingue de la situación en que una decisión o actuación de la Administración produce una lesión o daño en los derechos del administrado, no obstante, este no tiene el carácter de antijurídico, puesto que el ordenamiento jurídico y político lo justifican en miras de intereses superiores o en la primacía del interés general por sobre el particular.
- En segundo termino, debe tratarse de un daño susceptible de ser avaluado en dinero, sea que se trate de un daño patrimonial (que lesiona el patrimonio) o moral.
- Consagración legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración

En el ordenamiento jurídico chileno, el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra expresamente reconocido por la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575, cuyo texto refundido lo fijó el D.F.L. Nº 1/18.575. También se encuentra establecido en principio en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Nº 18.695, aunque solamente aplicable al ámbito local.

La Ley de Bases dispone en su artículo 4° que "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".

Esta norma, aplicable a todos los órganos y servicios que, de acuerdo al artículo 1º de la ley de Bases, conforman la Administración del Estado, constituye la norma general y establece directamente la responsabilidad del Estado por los daños causados por los órganos de la Administración, sin perjuicio y separada de la responsabilidad que pueda caber al funcionario que realizó la actuación o adoptó la decisión que ocasionó el daño.

Desde el punto de vista doctrinario, tiene la virtud de no adherir a ninguna doctrina en particular sobre la responsabilidad del Estado. De allí que la doctrina ha sostenido que constituye el principio general en materia de responsabilidad del Estado y que alcanza tanto a las situaciones en que ha habido falta de servicio como las situaciones en que no la ha



habido, es decir, el caso de responsabilidad por riesgo, que se caracteriza porque la Administración ha causado daño actuado en forma correcta, lícita, y sin faltar a sus obligaciones y normas.

Sin perjuicio de esta norma general, también la ley citada, en su artículo 42 consagra expresamente la responsabilidad por falta de servicio, de la que responden los órganos y servicios de la Administración, excluidos los que señala el artículo 21, esto es, la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. En consecuencia, estas últimas en materia de responsabilidad extracontractual, sólo les es aplicable el artículo 4º antes citado.

Respecto a las Municipalidades, su propia Ley orgánica constitucional, Nº 18.695, establece a la falta de servicio como fundamento de la responsabilidad extracontractual del municipio. En efecto, el artículo 141 de la ley de municipalidades señala: "Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en la falta personal".

La responsabilidad patrimonial por falta de servicio

Como se ha señalado, la falta de servicio se encuentra establecida en el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, el que dispone que: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en la falta personal".

La falta de servicio, noción elaborada por el derecho administrativo francés, se define por la doctrina como el funcionamiento defectuoso, tardío o la omisión del órgano o servicio cuando se encuentra en la obligación legal de actuar.

Del concepto se desprende que habrá falta de servicio, cuando el órgano o servicio público ha funcionado mal, no ha funcionado cuando está obligado por la ley a hacerlo o ha funcionado en forma tardía, con retraso.

Esta falta de servicio, es causa de la responsabilidad directa del Estado, la que se distingue de la responsabilidad personal del funcionario que actuó o dejó de actuar cuando debía hacerlo.

La actuación u omisión del funcionario es irrelevante para que se configure la responsabilidad estatal, la que deriva directamente de que el órgano no dio el servicio oportunamente. Sin perjuicio de ello, se consagra el derecho de la Administración a "repetir contra el funcionario autor del daño". Esto significa que, si el Estado, producto de la falta de servicio, debe indemnizar a un particular y tal falta de servicio deriva de la falta o infracción de uno o más funcionarios, tiene el derecho a demandar a los responsables para que, a su



vez, le restituyan lo que ha debido pagar.

El que el ordenamiento jurídico establezca la responsabilidad del Estado por falta de servicio, representa ventajas para los administrados que, eventualmente sean dañados por esta causa. En efecto, su establecimiento permite al afectado actuar directamente contra el Estado que cuenta con un patrimonio solvente, capaz de responder económicamente por los daños, lo que asegura el resultado de su acción si se cumplen los requisitos para que se configure. Si no se consagrare y, en cambio, el particular debiera dirigirse contra el funcionario no tendría la seguridad de que su patrimonio personal fuera capaz de responder económicamente.

Por otro lado, no requiere individualizar al autor material de los daños, al funcionario, ni acreditar que éste actuó negligente o culposamente. En cambio, basta que indique el órgano o servicio que causó el daño y la anormalidad o retardo en su funcionamiento en que se originó.

A su vez, esto último deja en evidencia que no se trata de una responsabilidad objetiva (en que basta acreditar la relación causa-efecto entre el acto de la administración y el daño), sino que el afectado debe acreditar que en el actuar del servicio que originó el daño se ha dado alguna de las situaciones que constituyen la falta de servicio, esto es, que el daño es consecuencia del mal funcionamiento, funcionamiento tardío o defectuoso de éste. En otros términos, que el servicio no ha actuado conforme a las obligaciones que le imponen las normas que lo rigen, estando jurídica y materialmente en situación de hacerlo.

Se señala, además, que es un sistema flexible. El sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio no está regido por normas rígidas y que detallen exhaustivamente los casos en que ella concurre. En cambio, la existencia o no de falta de servicio debe ser establecida en cada caso particular, atendiendo a las normas que establecen las funciones, regulan el funcionamiento del servicio público de que se trata. También debe considerarse la realidad del servicio, esto es, los medios materiales con que cuenta para cumplir sus funciones. En este sentido, la doctrina sostiene que la falta de servicio debe revestir cierta gravedad, es decir, debe haberse producido contando el servicio con los medios humanos, técnicos y materiales para actuar oportunamente y que, en tales circunstancias no lo haya hecho, lo haya hecho en forma defectuosa o tardíamente.

Aspectos que caracterizan el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en Chile

Del conjunto de normas constitucionales y legales antes aludidas, la doctrina nacional sostiene que Chile ha recogido las doctrinas contemporáneas de la responsabilidad objetiva del Estado, en la materia.

En efecto, si bien, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio no basta acreditar la relación causa efecto entre el actuar o no actuar de la administración y el daño o lesión patrimonial, sino que debe acreditarse por el afectado el actuar defectuoso, tardío o



no ajustado a las normas que lo rigen del respectivo órgano o servicio responsable; el artículo 42º establece en términos amplios y objetivos la responsabilidad del Estado, lo que no solo incluye la hipótesis de falta de servicio sino también la del riesgo, es decir, aquellos casos en que la Administración ha actuado en forma legítima, conforme a las normas que rigen al respectivo órgano o servicio en el cumplimiento de sus funciones y, no obstante ello, ha causado un daño o lesionado los derechos de un particular. Tampoco la norma circunscribe la responsabilidad extracontractual a la condición de que el daño se origine en un acto administrativo, sino que también incluye los actos materiales de la Administración. Así cabe dentro del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado el caso de que si el daño se cause por el actuar de agentes de la administración que no constituyen actos administrativos sino meros actos materiales como el del chofer que conduce un vehículo, el auxiliar que manipula una estufa, etc.

En suma, los términos amplios en que se establece la responsabilidad patrimonial del Estado contribuye a asegurar los derechos de los administrados; no obstante, su mayor o menor aplicación dependen en gran medida de los criterios que apliquen los tribunales de justicia al conocer de estas materias.

Realice ejercicios nº 28 al 30