

PRINCIPIOS DE LA LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO Y PAUTAS PARA EL ANALISIS DE SU TITULO I

Arturo Aylwin Azócar

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales

PRIMERA PARTE

I

EXPLICACIÓN PREVIA

Ha sido una antigua aspiración de los administrativistas el que se estableciera un verdadero estatuto básico de la Administración del Estado, como remedio eficaz para poner término definitivamente a un régimen anárquico, caracterizado por una gran confusión en cuanto al rol de los órganos con función administrativa, por una tipología asistemática y obsoleta de los servicios públicos, por una distorsión del rol de los Ministerios, por una situación de permanentes conflictos de competencia y, en general, por una falta de reglas claras y coherentes reguladoras de la organización y funcionamiento del aparato administrativo del Estado.

El ideal habría sido que gran parte del problema mencionado hubiera sido solucionado por la propia Constitución Política. Por desgracia ello no ocurrió así y, por el contrario, el texto constitucional perseveró en el empleo de conceptos equivocados o confusos como ocurre, por ejemplo, cuando el artículo 62, Nº 2º, se refiere a distintas clases de servicios públicos o cuando elude especificar el rol fundamental de los Ministerios.

Sin embargo, la Carta Fundamental del año 1980 tiene el gran mérito de haber dejado planteada una vía de solución al consignar que una ley orgánica constitucional —con toda la significación y trascendencia que esto implica— determinaría la organización básica de la

Administración del Estado. Dicho mandato consta, como es bien sabido, en el inciso 1º del artículo 38 de la Constitución Política.

El texto constitucional antes citado dispone:

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

Pues bien, la Ley Nº 18.575, publicada el 5 de diciembre de 1986, cumplió con el mandato constitucional al establecer la estructura básica de la Administración y al fijar reglas sobre la carrera funcionaria, sentando líneas coherentes para el perfeccionamiento del régimen administrativo y poniendo término a una situación que ya se hacía insostenible.

Por eso es que el referido texto legal es de una utilidad indiscutida y sus efectos positivos habrán de ser de gran trascendencia para el correcto ejercicio de la función administrativa del Estado.

Por desgracia, a nuestro juicio, esta ley no ha sido conocida en plenitud, ni siquiera dentro de la administración, a cuyos agentes toca tan directamente, y aún más entre quienes la conocen no siempre ha sido entendida y aplicada en su verdadera proyección.

En esta oportunidad nuestro propósito no es explicar la Ley Nº 18.575 en todos sus aspectos, sino tan sólo llamar la atención sobre la naturaleza y efectos de los principios básicos en que ella se sustenta. El propósito es contribuir a

que se tome conciencia sobre la real importancia del nuevo régimen que se ha implantado como culminación del proceso de reforma administrativa y se asimilen los criterios básicos que deben ser ponderados al momento de la interpretación de sus normas.

Para lograr este objetivo nos preocuparemos de plantear sucintamente ciertas ideas que dicen relación con los principios fundamentales que inspiran las disposiciones de este texto legal y que, por lo mismo, no pueden ser desconocidas por los órganos jurisdiccionales y administrativos encargados de velar por su adecuado cumplimiento.

II

PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY Nº 18.575

Esta ley no es el fruto de la improvisación, sino, por el contrario, es el resultado de un largo proceso de estudio realizado por la ex Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA), organismo que a su vez se apoyó, entre otros elementos, en trabajos ejecutados desde hacía mucho tiempo. Hay, en consecuencia, todo un esfuerzo colectivo, de carácter interdisciplinario, aprovechando la experiencia administrativa de décadas, lo cual fue recogido y respetado substancialmente por las Comisiones Legislativas que fueron las encargadas de dar la forma definitiva a la ley.

El trabajo de elaboración del texto fue realizado sobre tres bases esenciales:

1. La Administración tiene que estar concebida y apoyada en el concepto moderno de administración científica. Ya pasaron los tiempos en que la Administración sea establecida por la vía de la improvisación o al margen de patrones técnicos;

2. La Administración tiene un carácter esencialmente instrumental respecto del Gobierno. Ello constituye su razón de ser, de tal manera que debe ser el vehículo de concreción de las políticas generales, todo ello dentro de los marcos legales. Es necesario borrar de raíz la falsa apreciación de que la Administra-

ción constituye un fin en sí misma, y que puede estar separada de las grandes líneas de conducción del Estado, y

3. El proceso administrativo no constituye un mero hecho jurídico y tampoco es una simple realidad vinculada a la Ciencia de la Administración. Por el contrario, es un fenómeno complejo que requiere de la presencia de elementos de las más variadas disciplinas, incluyendo obviamente aspectos jurídicos y otros meramente administrativos, sin olvidar los políticos y sociales, los cuales deben conjugarse armónicamente.

Nada de esto es olvidado por la ley en análisis y por eso es que en ella se ponderan elementos que comprometen todas las disciplinas antes consignadas y esa es la razón por la cual quedan expresamente contemplados principios consustanciales a la Ciencia de la Administración, al Derecho y a la Política. Es digno de destacar que tales principios no quedan planteados como meras proposiciones programáticas, sino que se traducen en normas concretas de carácter obligatorio para los agentes de la Administración del Estado.

Sobre el particular no puede menos que llamarse la atención sobre la circunstancia de que estos principios, traducidos en normas, están contenidos en el Título I, que rige para toda la Administración del Estado, de modo tal que ellos tienen una aplicación muy amplia. Nadie que integre un órgano administrativo, sea que éste forme parte del estamento civil o militar, o la administración activa o a la fiscalizadora, al ámbito fiscal o al municipal, al cuadro de los servicios tradicionales o al de las empresas públicas, puede pretender marginarse de estas disposiciones y, consecuentemente, falta a sus deberes funcionarios quien así lo hiciere.

¿Cuáles son, en línea gruesa, los grandes principios a que nos estamos refiriendo?

Hagamos una breve enunciación:

A. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS DE LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Principio de la Unidad.* Es bien sabido que la unidad constituye una de las bases fundamentales de toda orga-

nización administrativa. Ella implica, por una parte, un mando único y, por otro, la existencia de un todo orgánico, de un solo sujeto que actúa, aun cuando éste pueda incluir distintos elementos o piezas.

Este principio, tan reiteradamente propugnado por la Ciencia de la Administración, es ampliamente recogido por la ley.

En efecto, el artículo 1º demuestra inequívocamente que existe una autoridad superior, el Presidente de la República, al cual está vinculada toda la Administración del Estado, la que constituye, por otra parte, una sola unidad comprensiva de los diferentes órganos encargados de realizar la función administrativa.

Los términos que emplea el artículo 1º no pueden ser más claros al respecto:

“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, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

Este precepto pone término de raíz a una larga discusión sobre el contenido y significado del concepto administración y sobre si determinados organismos forman o no parte de ésta. La solución es clara: la Administración del Estado es una sola y comprende a la totalidad de los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa. Por si quedara alguna sombra de duda, ésta desaparece al establecer que en esa situación se encuentran también la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Por eso, cualquier precepto legal que se refiera a la administración, sin mayor

agregado, hay que entenderlo que comprende a toda la Administración del Estado, cualquiera que sea la naturaleza de los organismos de que se trate.

Y como un fiel reflejo y afirmación de la unidad que comentamos, el artículo 5º, inciso 2º, exige que “los órganos de la Administración del Estado deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción evitando la duplicación o la interferencia de funciones”, pues de no ser así se estaría contraviniendo gravemente esta concepción unitaria. Asimismo reafirma esta idea lo preceptuado en el artículo 25 de la ley en cuanto ordena que los servicios públicos están sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, “cuyas políticas, planes y programas le corresponde aplicar”. Con todo, esta última obligación sólo rige específicamente tratándose de los organismos administrativos regulados por el Título II de la ley.

2. *Principio de la Especialidad o División de Funciones.* El artículo 2º, al contemplar el principio de la competencia, consolida, desde el punto de vista administrativo, el principio de la especialidad que incide en un elemento esencial del proceso de la administración del Estado.

3. *Principio de la Jerarquía.* Constituye, sin duda alguna, una de las bases esenciales de cualquier organización administrativa.

Además del artículo 1º, inciso 1º, ya mencionado, diversos preceptos de la ley reafirman este punto. Es así como el artículo 7º dispone que “los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado”, lo que ratifica el artículo 14. Es así como, también, el artículo 10 establece que las autoridades y jefaturas “ejercerán un control jerárquico de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia”. Además, concurre un elemento de jerarquía implícita en el artículo 25, que ya mencionamos anteriormente, relativo a los lineamientos a que deben someterse los servicios públicos.

4. *Principio de la Descentralización.* Este principio es ampliamente recomen-

dado por la administración científica. El concepto de descentralización empleado por la ley orgánica en estudio tiene un carácter muy amplio, que no es coincidente con la idea de descentralización que se reconoce en el Derecho Administrativo. En el fondo, lo que se trata es que dentro de un esquema unitario y jerárquico puedan operar diversas expresiones y mecanismos que distribuyan el poder central, especialmente respecto de materias decisorias, en órganos de inferior rango, tengan o no personalidad jurídica, tanto en el nivel funcional como en el nivel territorial. Es lo que, por lo demás, propugna la Ciencia de la Administración, la que admite diversos procedimientos para llevar a efecto la idea descentralizadora.

La descentralización, así concebida, es ampliamente consolidada en el texto de esta ley. Baste mencionar para ello las normas de los artículos 30 a 43. En todo caso, dada la especialidad e importancia que reviste el tema desde el punto de vista jurídico, se requiere de un estudio más especializado sobre el particular.

5. *El Principio de la Simplificación y Flexibilidad Administrativas.* La tendencia universal es procurar la simplificación del aparato administrativo del Estado, quitándole ese dejo de rigidez tradicional que ha confabulado en contra de su eficiencia. Sin duda alguna que en este punto ha habido una influencia muy importante de los principios y conceptos modernos que rigen en la administración tanto privada como pública.

El artículo 5º de la ley recoge esta idea al establecer que las autoridades deben procurar *"la simplificación y rapidez de los trámites"*. Del mismo modo, no puede ignorarse lo dispuesto en el artículo 8º, inciso 2º, que exige que *"los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos"*.

En todo caso la flexibilidad debe armonizarse con un mínimo de uniformidad y por eso es que los artículos 23, 24, 28 y 29 establecen pautas uniformes para la organización básica de los ministerios y servicios públicos, lo que

implica un ordenamiento y excluye cualquier posibilidad de distorsiones y anarquía organizacional.

6. *Conceptos de Eficacia y Eficiencia.* Toda la Ciencia de la Administración gira en torno a dos objetivos esenciales: por un lado, atribuir al Estado administrador la posibilidad cierta de obtener buenos resultados, que se vinculan al adecuado cumplimiento de los planes y proyectos de gobierno, única forma de respetar su carácter instrumental y, por otro, permitir el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, los que generalmente son limitados. Se habla así de eficacia y de eficiencia, respectivamente.

Ahora bien, no cabe duda alguna que la Ley Nº 18.575 fue planteada considerando esos conceptos de eficacia y de eficiencia administrativas. Así se deduce del estudio armónico de las disposiciones de este texto, pero muy particularmente de lo señalado en los artículos 5º, 10 y 11.

El artículo 5º preceptúa que las autoridades y funcionarios *"deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles"*. Es clara la intención del legislador, aunque no fue feliz en la redacción, puesto que al emplear los términos de *"velar por la eficiencia"* y de lograr *"el mejor aprovechamiento de los medios disponibles"* incurrió en una repetición, esto es, reprodujo dos veces la misma idea desde el punto de vista técnico-administrativo. Sin duda alguna que debió allí hablarse de eficacia en lugar de eficiencia, idea esta última que se encuentra desarrollada en la frase final del precepto.

El artículo 11 reitera la eficacia al consignar que las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas *"deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllas y la aplicación de éstas"*.

Más claro aparece el artículo 10, inciso 2º, al establecer que el control jerárquico que allí se consigna *"se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos preestablecidos"*.

B. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Hay algunos principios netamente jurídicos, de la mayor relevancia, que son recogidos por la Ley N° 18.575, y que se expresan formalmente en normas de carácter obligatorio:

1. *Principio de Legalidad.* El artículo 2° no hace sino reproducir en esta materia lo consagrado, como base de la institucionalidad, por el artículo 6° de la Constitución Política. Ello explica por sí solo que aquel precepto ordene "que los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y las leyes".

2. *Principio de la Competencia.* El mismo artículo 2° reconoce este principio en términos similares, dentro del ámbito administrativo, a lo establecido en el artículo 7° de la Constitución Política, aclarando que los órganos de la Administración "deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán otras atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico".

Con todo, es digno de destacar que tanto respecto de este principio como en cuanto a la legalidad cobra particular trascendencia lo consignado en el inciso final del artículo 2° al disponer que "todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades (de los órganos de la Administración) dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". Es decir, este precepto es terminante en dejar establecido que los afectados por cualquier abuso o exceso de la autoridad están en condiciones de actuar en protección de sus derechos, tanto por la vía administrativa como la jurisdiccional. Dicho de otro modo, el legislador no concibe la posibilidad de que el administrado quede desprotegido frente a cualquier actuación arbitraria o ilegal de la Administración.

3. *Principio de la Responsabilidad.* En plena armonía con lo establecido en los artículos 6°, 7°, 38 y otros de la Constitución Política, el artículo 4° reconoce en forma amplísima la responsabilidad del Estado en los siguientes términos:

"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".

No podemos menos que enfatizar algo de mucha relevancia. Ha constituido una vieja aspiración de los seguidores del Derecho Público que se encare el tema de la responsabilidad estatal en forma sistemática. El hecho cierto es que por vez primera, y de un modo tajante y claro, que no da lugar a equívocos ni limitaciones, se consagra de un modo general la responsabilidad del Estado por la conducta de sus órganos administrativos. Ello no significa, por cierto, pronunciarse sobre la responsabilidad emanada de la acción u omisión de los órganos legislativo y jurisdiccional; lo natural ha sido que sólo se refiera a las conductas administrativas desde el instante que la Ley N° 18.575 se limita a regular la Administración del Estado.

Es necesario tener presente que el artículo 4° contempla una regla de responsabilidad muy amplia, aplicable a todos los órganos integrantes de la Administración del Estado sin referirse a ningún sistema o doctrina específica.

Esta explicación es necesaria darla, porque el artículo 44 de la ley, no aplicable a los servicios exceptuados en el inciso 2° del artículo 18, trata de un tipo de responsabilidad objetiva, basada en la falta de servicio público, según se deduce de los propios términos de la referida norma:

"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 hubiera incurrido en falta personal".

En nuestra opinión el artículo 44 no es excluyente de otras formas o causales de responsabilidad civil extracontractual del Estado que puedan apoyarse precisamente en el artículo 4°, el que, volvemos a repetir, es amplísimo, especialmente si lo relacionamos con algunas disposiciones constitucionales (entre otros los Nos. 2°, 20° y 24° del artículo 19) y, en cuanto resulte pertinente, con las nor-

mas sobre delitos y cuasidelitos del Código Civil (artículos 2314, 2320, 2322 y 2329).

En esta oportunidad sólo nos limitamos a dejar planteado el tema dada la especialidad del asunto.

4. *Principio de la Impugnación.* El artículo 9º consagra formalmente el principio de que los actos de la Administración son impugnables.

Conviene recordar los términos en que está redactado este precepto:

"Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. *Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*".

La norma recién transcrita deja entregados a la determinación de la ley corriente los procedimientos a que habrán de someterse estos mecanismos de impugnación. Pero, desde ya, y sin condicionamiento a la dictación de ninguna otra norma, aquélla reconoce, de pleno derecho, dos cursos, el de reposición ante la propia autoridad que dicta el acto y el jerárquico ante el superior correspondiente. Es decir, estos recursos entraron en plena vigencia desde la publicación de la Ley Nº 18.575, sin perjuicio de que en el futuro puedan ser regulados por una ley común.

No obstante que la ley dispone que la reposición opera "siempre", en nuestra opinión esta disposición no rige cuando existen mecanismos específicos de impugnación por mandato de leyes especiales. Así ocurre, por ejemplo, en materia disciplinaria en que hay procedimientos claros que establecen los recursos y fijan la oportunidad en que ellos pueden imponerse. Tampoco cabría invocar el artículo 9º, cuando ya se ha agotado la competencia o cuando la eventual reconsideración pudiera afectar derechos adquiridos por terceros, pues por la vía de acceder a una solicitud semejante se desconocería el dominio amparado constitucionalmente. En los dos casos estamos frente a situaciones típicas de irrevocabilidad de los actos administrativos.

Es curioso constatar que el artículo 9º no señale plazo alguno para deducir estos recursos, lo que confabula en contra del principio de la certeza administrativa. Sin duda alguna que este vacío deberá ser llenado por la ley de procedimiento administrativo.

Por otra parte, debe entenderse que la facultad de pedir reconsideración o la de recurrir por vía jerárquica, en su caso, conlleva la obligación implícita de la autoridad correspondiente para pronunciarse dentro de un término prudencial.

En cuanto al recurso jerárquico puede emplearse esta vía en toda la línea de la jerarquía correspondiente, llegando hasta el propio Presidente de la República, tratándose de los servicios dependientes, salvo que se den algunas de las situaciones de desconcentración administrativa o de delegación de facultades en las que no operan las potestades jerárquicas por haberse radicado la competencia o el ejercicio de ella, según el caso, en el órgano subordinado. Por lo tanto, el precepto en análisis debe interpretarse en armonía con lo preceptuado en el artículo 31, inciso 1º, y en el artículo 43 relativos al tema. Por eso es que el artículo 9º emplea la frase "cuando proceda", al referirse al recurso jerárquico.

Otra observación que es útil formular se refiere a la amplitud de la facultad de pedir reconsideración. Estimamos que este derecho no puede ejercerse indefinidamente, esto es, no cabe obligar a la autoridad administrativa a pronunciarse en múltiples ocasiones respecto de una misma petición, sobre la base de los mismos antecedentes. Existe el derecho a solicitar la reconsideración, pero no existe el derecho a la reconsideración de la respuesta negativa. Ello no quita que la Administración pueda en todo caso pronunciarse accediendo a una solicitud hecha de acuerdo con las reglas propias del derecho de petición. Lo contrario significaría establecer una cadena sin fin de reconsideraciones con grave perturbación para la gestión de los servicios públicos.

5. *Principio de Formalismo.* Es bien sabido que los actos públicos son formales. Ello se desprende del propio ar-

título 7º de la Constitución Política en cuanto exige que la competencia deberá ejercerse en la forma prescrita por la ley.

Este principio está expresamente consagrado en el artículo 8º de la Ley N° 18.575, pues establece que hay que cumplir las formalidades impuestas por las leyes o reglamentos. Con todo, cabe consignar que esta norma, siguiendo una tendencia moderna que se compadece con el afán de otorgar la máxima eficiencia y eficacia a la Administración, restringe tales formalidades a las que sean estrictamente necesarias. Ello se confirma por los términos mismos que emplea el legislador: "los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, *sin más formalidades* que las que establezcan las leyes y reglamentos" (art. 8º, inciso 2º).

C. PRINCIPIOS JURÍDICO - ADMINISTRATIVOS

Hay ciertos principios comunes a la Ciencia de la Administración y al Derecho Administrativo que están incorporados plenamente en esta ley. Por otra parte, cabe consignar que todos y cada uno de los principios antes enunciados se complementan recíprocamente.

Entre los principios comunes podemos citar los siguientes:

1. *Principio del Control.* No cabe la menor duda de dentro de cualquier organización administrativa y, particularmente, dentro de todo proceso administrativo, deben operar mecanismos de control, no sólo jurídicos, sino de mérito o de resultados.

Esta idea se encuentra explícita en diversos preceptos de la ley en estudio: art. 10 (control jerárquico); art. 11, art. 19, inciso 2º (control de los Ministerios); art. 28, inciso 2º (control de los jefes de servicio); art. 38 (control de los intendentes), y art. 41 (supervigilancia de los gobernadores, aunque aquí se emplea una expresión errónea desde el punto de vista del Derecho Administrativo).

2. *Principio de la Continuidad.* Es bien sabido que uno de los principios básicos de la Ciencia de la Administración y del Derecho Administrativo es

que los servicios públicos deben funcionar en forma permanente y continua. Ello conlleva, necesariamente, la continuidad y permanencia de la Administración misma.

Este principio es recogido en el artículo 3º, inciso 1º, de la Ley N° 18.575, al establecer que la "Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas *en forma continua y permanente*". Igual idea es enfatizada por el artículo 25, cuando dispone que los servicios públicos "son órganos administrativos encargados de satisfacer las necesidades colectivas, *de manera regular y continua*". Por último, el art. 44 consagra la responsabilidad del Estado por falta de servicio, una de cuyas causas es la irregularidad o discontinuidad en su funcionamiento.

3. *Principio de la Carrera Funcionaria y de la Probidad Administrativa.* Otra de las bases ineludibles para la existencia de una administración eficiente, técnicamente concebida, es la de contar con un personal idóneo y probo. Una de las condiciones para que eso ocurra es que exista un verdadero régimen de carrera funcionaria.

Desde luego, el art. 38 de la Constitución Política se refiere a este principio de un modo bastante terminante al ordenar que la ley orgánica constitucional respectiva "*garantizará la carrera funcionaria*".

El punto requiere un análisis mayor. Por ahora nos limitaremos a señalar que son numerosos los preceptos de la Ley N° 18.575, que lo desarrollan: está el art. 7º, que consigna expresamente que los funcionarios "deberán cumplir fiel y esmeradamente sus funciones" y que "los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinario" y que "deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio, obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico y *observar estrictamente el principio de probidad administrativa*, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado". Por su parte, el art. 14 dispone que, "*las normas estatutarias del*

personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado". Por último, existe el Párrafo 2º del Título II dedicado exclusivamente a la carrera funcionaria.

Cabe consignar que la Ley Nº 18.575 estatuye derechoamente el régimen estatutario para el personal de la Administración Pública, con todas las consecuencias que esto implica (arts. 13, 14, 45, etc.). No deja de llamar la atención el hecho de que deberán existir también normas estatutarias para los funcionarios de las empresas públicas del Estado, puesto que los arts. 13 y 14 rigen para todos los agentes de la Administración, incluidas las empresas estatales, de acuerdo con lo previsto en el art. 1º.

4. *Principio de la Apoliticidad.* En plena concordancia con lo establecido en el art. 14, que exige un personal técnico, profesional y jerarquizado, el art. 16 reconoce otro principio de especial significación que mira a la apoliticidad.

En el precepto aludido se señala textualmente: "El personal de la Administración del Estado *estará impedido de realizar cualquier actividad política dentro de la Administración, y de usar su autoridad o cargo en fines ajenos a sus funciones*".

Hay dos prohibiciones muy categóricas en esta norma. Por una parte, estará vedado a los funcionarios públicos (cualquiera que sea el servicio a que pertenezcan) realizar actividad política dentro de la Administración, lo que hay que entender como sinónimo de proselitismo político contingente, sea en favor o en contra de determinadas corrientes de opinión. Y, por otra parte, no puede usarse la autoridad en fines que no sean inherentes a las obligaciones que se tienen para con el servicio y para con la comunidad, según los términos señalados en el art. 7º. En consecuencia, cualquier acción que signifique el empleo de la autoridad con un fin de tipo personal, o con un afán de persecución, o de aprovechamiento para una tendencia política, o que constituya cualquier forma de presión partidista, o el empleo de recursos públicos con el mismo propósito, son violatorios del referido pre-

cepto. Esta idea no es nueva, ya estaba consagrada en el artículo 99 del actual Estatuto Administrativo, pero interesa destacar que ahora se ha extendido en forma amplia a toda la Administración del Estado.

D. PRINCIPIOS POLÍTICOS

Ya hemos dicho que la Administración Pública tiene un carácter esencialmente instrumental. Resulta obvio, pues, que ella deba adecuarse no sólo a las políticas de gobierno, en cuanto a su acción operativa, sino que en su diseño, ámbito y limitantes deben considerarse aspectos inherentes a las bases mismas del Estado. Por lo demás, sólo dentro de esta perspectiva es posible entender y explicar su régimen jurídico.

Por eso es que al efectuar el análisis de esta ley no podemos ignorar el rol que para el Estado se asigna en la Constitución Política y, en concordancia con ello, explicitar las consecuencias para el régimen jurídico de la Administración Pública.

En esta materia podemos afirmar que la ley no hace sino recoger un factor básico de rango constitucional: el rol subsidiario del Estado.

No es la oportunidad de explicar ahora en qué consiste este rol subsidiario, pues ello ha sido objeto de múltiples trabajos. Sólo cabe referirse a los efectos que la aplicación de este principio tiene en el ámbito propio de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

Es evidente, como ya se dijo antes, que esta ley se elaboró considerando la idea subsidiariedad y ello es ampliamente confirmado por la historia fidedigna de su establecimiento (estudios de CONARA, informe de la subcomisión que elaboró el anteproyecto de la ley y otros documentos oficiales).

La expresión de este rol subsidiario se refleja en varios aspectos contemplados en el texto legal:

a) *La Administración debe respetar los grupos intermedios.* Esta idea, plenamente concordante con la Constitución Política (art. 1º), se encuentra expresada en el art. 3º, inciso 2º, del texto legal en estudio, en los siguientes tér-

minos: "La Administración deberá desarrollar su acción *garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios* en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

Cualquier acción u omisión violatoria de esta autonomía deberá dar lugar a las acciones correspondientes a fin de restablecer la normalidad jurídica, sin perjuicio de que se puedan hacer valer las responsabilidades estatales y personales que procedan.

b) *La Administración debe respetar la iniciativa económica de los particulares.* Ello está en plena armonía con una garantía constitucional (art. 19, Nº 21º) y está expresado en el mismo art. 3º recién comentado en la siguiente forma: "La Administración deberá desarrollar su acción *respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica* en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

En consecuencia, las únicas limitaciones o prohibiciones que puede imponer la Administración del Estado en esta materia son aquellas que emanan de la misma Constitución Política o de la ley.

c) *El Estado sólo puede participar en actividades particulares o empresariales en virtud de una autorización legal expresa.* El art. 6º regula este punto del siguiente modo:

"El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no forman parte de su Administración, sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales".

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

Como es fácil observar, esta regla ya no sólo comprende a la Administración, sino que al Estado en su conjunto.

En primer término, la norma trata de la participación del Estado en entidades que no formen parte de su administración sin que tengan el carácter de empresas. Ellas no pueden ser otras que las corporaciones o fundaciones privadas, cuyo patrimonio o administración sea total o parcialmente estatal. Para hacer efectiva esta participación se requiere de ley.

La verdad es que en este caso se está incursionando en un terreno que escapa a lo que es el ámbito de la Administración del Estado. Seguramente se estableció la norma porque la incorporación del Estado en una entidad semejante implicaría necesariamente una decisión de la autoridad administrativa. En consecuencia, la Administración podrá crear o incorporarse a este tipo de instituciones sólo si existe texto legal que así lo autorice.

En todo caso, como el precepto nada dice sobre las características del texto legal autorizatorio hay que deducir que tiene el rango de ley corriente y que puede ser genérica o específica. Igualmente la autorización ha podido darse por una ley dictada con anterioridad a la vigencia de la Ley Nº 18.575, o bien ser dada en el futuro.

En segundo término, el Estado puede formar o integrar una empresa y en tal caso será necesaria la dictación de una ley de quórum calificado, según lo dispone el precepto en análisis, en armonía con lo establecido en el art. 19, Nº 21º de la Constitución Política. En nuestra opinión la ley en comento puede ser también genérica o específica. Del mismo modo si al momento de entrar en vigencia la Ley Nº 18.575 existía ya una autorización semejante, el texto respectivo tendría el carácter de ley de quórum calificado de acuerdo con lo establecido en la disposición quinta transitoria de la Constitución Política.

Cabe mencionar que ninguna de las entidades previstas en el art. 6º puede gozar de potestades públicas. No se trata sólo de un mandato para el futuro legislador, sino de una regla que orgánicamente ha derogado todo sistema que exista en contrario.

d) *Los servicios públicos pueden encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes a entidades de derecho privado.*

El art. 34, ubicado dentro del Título II de la ley, aplicable a los servicios no contemplados en la excepción del inciso 2º del artículo 18, regula esta materia:

"Los servicios públicos podrán *encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimien-*

tos o bienes de su propiedad, a las municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado".

Mediante esta facultad, debidamente autorizada por una ley corriente, se permite a los jefes de los servicios públicos para encomendar acciones específicas a particulares siempre que con ello no se transfiera el ejercicio mismo de las funciones, tal como lo ha consignado la jurisprudencia. Un caso típico es el de las concesiones de servicios públicos. Asimismo se puede encomendar a entidades privadas la administración de bienes e inclusive establecimientos que normalmente son administrados por los propios servicios. Cabe consignar que dichas entidades podrían tener o no fines de lucro, pues la ley no hace distinción alguno.

De todos modos hay que emplear en estos casos los procedimientos y adoptar los resguardos que señala la misma norma.

Sin duda alguna que en cualquiera de estas situaciones estamos frente a un tipo de contrato administrativo y que, como tal, su fin debe ser la satisfacción de necesidades públicas.

III

RELACIÓN DE PRINCIPIOS BÁSICOS CON LAS NORMAS DE LA LEY Nº 18.575 Y OBLIGATORIEDAD Y RESPONSABILIDAD IMPLÍCITAS

Hay un punto de gran trascendencia vinculado a lo recién explicado, principalmente por los efectos que produce.

Al contrario de lo que pudiera deducirse de una lectura ligera de las normas de la ley en estudio, todos los principios a que nos hemos referido no han sido expuestos allí como meras reglas programáticas, como un simple deseo o aspiración legislativa, sino que tienen el sello de la normativa formal y obligatoria.

Nos explicamos. Cuando el legislador establece que los funcionarios públicos

deben procurar la simplificación y rapidez de los trámites o cuando les exige evitar formalidades innecesarias o cuando les prohíbe realizar proselitismo político, o cuando les impone velar por la eficiencia de la Administración o el respeto al derecho de las personas para ejecutar cualquier actividad económica, etc., está estableciendo órdenes perentorios a los agentes de la Administración, cuya infracción debe acarrear ineludiblemente las responsabilidades respectivas.

De este modo si cualquier funcionario de la Administración del Estado infringe cualquiera de las obligaciones previstas en el Título I de la Ley Nº 18.575, estará cometiendo falta administrativa y, por tanto, merece ser sancionado.

En consecuencia, de acuerdo con los términos explícitos de esta ley, toda forma de negligencia grave en el acatamiento de las órdenes formalmente dispuestas en el referido texto legal deberá ser sancionada administrativamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que puedan originarse.

Es obvio, eso sí, que en cada oportunidad deberán ponderarse las circunstancias concurrentes, pues habrá ocasiones en que el incumplimiento del mandato del legislador escapará a la voluntad de los agentes, principalmente por falta de recursos, pues nadie puede ser obligado a lo imposible.

Pero es evidente que un funcionario que por dolo o por negligencia manifiesta deja de cumplir lo ordenado en esta ley infringe el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, comete falta administrativa.

Lo dicho precedentemente tiene mucha importancia para determinar el ámbito de fiscalización de los órganos controladores de la Administración, especialmente aquellos encargados de velar por el respeto de las normas jurídicas que rigen la actividad administrativa. Ello nos lleva a sostener que hoy en día no es lícito hacer una diferenciación absoluta entre control de legalidad y control de eficiencia. Dicha diferenciación es válida cuando se entra en terreno de las apreciaciones subjetivas, en materia de gran relatividad, sujetas discrecionalmente a la calificación de la autoridad respectiva, pero pierde toda razón de ser

cuando ostensiblemente se infringen las reglas de eficacia y eficiencia impuestas por el legislador, pues en tal caso se da también una situación clara de ilegalidad. ¿Cómo no va a constituir infracción de la ley el hecho de que se deje de prestar en forma regular y continua un servicio no obstante contarse con los recursos para ello? ¿Cómo no va a constituir infracción de la ley la realización de trámites manifiestamente innecesarios? ¿Cómo no va a constituir infracción a la ley la realización de acciones absolutamente contrarias a los planes, programas y políticas que se está obligando a cumplir, no obstante disponer de medios? ¿Cómo no va a constituir infracción a la ley el empleo de recursos estatales en actividades de proselitismo político? ¿Cómo no va a constituir infracción a la ley el negarse a recibir y resolver un recurso de reconsideración si no hay texto expreso que disponga otra vía para impugnar el acto? Las preguntas podrían multiplicarse. Lo que interesa destacar es que en cada una de las situaciones consignadas no estamos frente a un problema teórico o doctrinario, sino frente a infracciones evidentes de normas legales precisas, las que hemos procurado enunciar sistemáticamente en el capítulo anterior.

Está de más advertir la trascendencia que adquiere el tema planteado cuando se trata de precisar el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República, organismo que, por mandato constitucional y legal, debe velar por la legalidad de la actividad administrativa. Ello tiene especial significación cuando se realiza una labor inspectiva y se trata de establecer las responsabilidades administrativas de las autoridades y funcionarios infractores. Bien podemos afirmar que aquí se dan de la mano el control de legalidad con el control de eficiencia.

SEGUNDA PARTE

I

EXPLICACIÓN PREVIA

La Ley N° 18.575, de 5 de diciembre de 1986, Orgánica Constitucional de

Bases Generales de la Administración del Estado, ha conformado un marco jurídico fundamental para la estructura y la Administración del Estado. De ahí que nadie pueda discutir su trascendencia y gran utilidad.

Este texto recoge en medida importante ideas y conceptos trabajados latamente por la doctrina y ha satisfecho una necesidad ineludible de ordenamiento.

No obstante la simplicidad de la ley, que pretende ser un todo orgánico y sistemático, como texto nuevo que es, en pleno proceso de experimentación y con una cobertura tan amplia en muchas instituciones jurídico-administrativas, da lugar a muchos problemas de interpretación.

Guiados por el solo objetivo de contribuir a hacer claridad en relación con algunos puntos específicos de esta ley, vinculados a las normas especiales contenidas en el Título II, Párrafo 1º, de la misma, haremos un breve planteamiento y análisis, sin perjuicio de dejar sentadas algunas interrogantes en relación con determinados preceptos. La idea es efectuar una aproximación respecto de conceptos básicos que en nuestra opinión deben ser necesariamente ponderados al momento de interpretarse su articulado.

No se trata, pues, de efectuar un examen global de todo el Título II, Párrafo 1º, sino que simplemente precisar algunas materias.

II

ROL Y ESTRUCTURA DE LOS MINISTERIOS

Uno de los aspectos más relevantes del Proceso de Reforma Administrativa dice relación con los Ministerios asignándoles un papel de mayor importancia, en la línea de uniformar la acción administrativa del Estado bajo el mando del Presidente de la República.

El análisis de los artículos 19 a 24, que tratan el tema, permite arribar a muchas conclusiones, entre las cuales destacan las que se enuncian a continuación:

a) *Concepto de Sector*. Como es bien sabido el texto constitucional sólo establece normas para los Ministros de Estado como "colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado" (art. 33), dejando entregada la organización de los Ministerios a lo que determine la ley.

Pues bien, el art. 20 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado consigna que los Ministros de Estado, precisamente "en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta".

Por su parte, el artículo 19 deja en claro que los Ministerios "son órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones".

Como es fácil observar, la competencia de cada Ministerio está planteada en función del sector o sectores correspondientes. La misma idea de sector está reproducida expresa o tácitamente en el inciso 2º del mismo artículo 19 y en los artículos 21 y 25.

En un documento elaborado por la ex Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA) que sirvió en este punto de base en la elaboración de la ley, se explicitó que cada sector corresponde a "un campo más menos específico de la actividad social, en la cual debe ejercerse la autoridad del Gobierno, para condicionar, en prosecución de los fines últimos de la sociedad, la acción de las personas naturales y jurídicas que la integran" y que dentro de "esta definición se engloban los sectores público y privado". A continuación CONARA señala los elementos del sector en los siguientes términos:

"a) Corresponde a una división en la actividad de las personas dentro del grupo social;

b) Es susceptible de ser gobernado, esto es, de definición de políticas y normas;

c) Debe existir una entidad u órgano que gobierna y otro conjunto de entidades que deben ser gobernadas, y

d) Una misma persona, natural o jurídica, no puede tener para una misma actividad dos entidades superiores de gobierno".

El objetivo final es establecer un régimen claro en cuanto a la delimitación de las diferentes actividades públicas y privadas, dejándolas bajo el gobierno y administración del Presidente de la República a través de un solo órgano, en este caso, el Ministerio correspondiente. Y, precisamente, cada campo específico de actividad es la que da lugar al ejercicio de las funciones del Ministerio correspondiente. En todo caso no hay inconveniente en establecer que a un mismo Ministerio corresponda más de un sector. (Ej.: Transportes y Telecomunicaciones). Lo que no resulta concebible es que un mismo sector se encuentre adscrito simultáneamente a dos o más Ministerios, pues ello implicaría infracción al claro mecanismo previsto en el artículo 19.

b) *Rol y Potestades*. Dentro del objetivo ya enunciado, a los Ministerios corresponde un rol esencialmente normativo, de gran política, en relación con los sectores correspondientes. Se trata de que ellos fijen las grandes líneas de acción y controlen su fiel cumplimiento.

El inciso 2º del artículo 19 consigna específicamente las tareas ministeriales:

1. "Proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes" (aplicables al sector o sectores en que incide su competencia);

2. "Estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo". Las normas deberán ser aprobadas por el propio legislador o por el Presidente de la República, según sea su naturaleza;

3. "Velar por el cumplimiento de las normas dictadas". Los Ministerios son órganos controladores de legalidad de la más alta jerarquía, actuando en los respectivos sectores;

4. "Asignar recursos". Se trata de una facultad muy restringida, puesto que es una materia propia de ley. En realidad lo que los Ministerios hacen es proponer la asignación de los recursos y

proceder a su distribución dentro de los marcos y conforme lo determine la ley, y

5. "Fiscalizar las actividades del respectivo sector". Constituye una atribución muy amplia, que cubre todos los tipos de control (eficiencia, oportunidad, patrimonial, etc.).

Lo anterior significa que a partir de esta reforma, los Ministerios no son operativos, no son órganos administrativos de ejecución, sino que, por el contrario, constituyen instituciones encargadas de la gran conducción en apoyo directo e inmediato del Presidente de la República. Sólo el legislador puede autorizar excepciones calificadas en esta materia, como ocurre, por ejemplo, tratándose del Ministerio de Relaciones Exteriores. Al respecto el inciso final del artículo 19 dispone: "Sólo en forma excepcional, en los casos que determine la ley, un Ministerio podrá actuar como órgano administrativo de ejecución".

En consecuencia, salvo que concurra una autorización específica del legislador, cualquier acto de ejecución realizado por un Ministerio sería nulo, pues excedería el ámbito de su competencia, e invadiendo el que es propio de los servicios públicos, como veremos más adelante.

En todo caso es necesario dejar constancia que los Ministerios son los instrumentos a través de los cuales el Presidente de la República ejerce las potestades de mando y de supervigilancia respecto de los servicios públicos (art. 25).

c) *Estructura*. Cada Ministerio tiene una o más Subsecretarías, según lo determine la ley, y debe "contener los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia relativa y volumen de trabajo que signifique la respectiva función" (art. 24). Es del caso advertir que todavía no se ha hecho esta adecuación en virtud del plazo contemplado en el artículo final, prorrogado por la Ley N° 18.670, de 28 de noviembre de 1987.

Lo anterior es sin perjuicio de la existencia de las Secretarías Regionales Ministeriales (arts. 23 y 24) que deberán existir, salvo los casos de excepción

que contemple la ley, cumpliéndose así el mandato sobre desconcentración territorial que impone el artículo 103 de la Constitución Política.

Cabe consignar que los Subsecretarios, además de las atribuciones tradicionales de ser jefes administrativos del Ministerio respectivo y de actuar como ministros de fe, son los subrogantes naturales del Ministro, salvo cuando excepcionalmente disponga lo contrario la ley o se designe un suplente, y "serán los colaboradores inmediatos de los Ministros", pudiendo desempeñar, asimismo, "las demás funciones que le señale la ley". Esa es la razón por la cual los Subsecretarios han adquirido especial relevancia desde que se puso en ejecución la reforma administrativa.

Hay que entender que los Subsecretarios son jefes de servicios para todos los efectos legales y, en tal calidad, pueden dictar resoluciones.

d) *Situación del Ministerio de Relaciones Exteriores*. En conformidad con la estructura de los Ministerios, prevista en el artículo 24, no cabe la existencia de un Viceministro, afirmación que guarda perfecta armonía con los preceptos constitucionales relativos a los Ministros de Estado.

En consecuencia, la normativa del Ministerio de Relaciones Exteriores que consulta el Viceministro se encuentra derogada. Con todo, esta derogación ha quedado suspendida por dos años, de acuerdo con lo previsto en el artículo final de la misma ley, modificado por el artículo único de la Ley N° 18.670.

e) *Jefes de servicio con rango de Ministro?* Mediante disposiciones legales diversas, e inclusive en algunos casos por mera decisión presidencial, se ha otorgado rango de Ministros a algunos jefes de servicio.

Sin embargo, la Ley N° 18.575, al establecer la estructura de los Ministerios y también la de los servicios (arts. 24 y 29, respectivamente), no consultó para nada esta situación de tal manera que, a nuestro juicio, se ha producido una derogación orgánica al respecto.

Esta interpretación se encuentra confirmada por el hecho de que en el pri-

mitivo proyecto de esta ley se contemplaba en forma expresa la posibilidad de que el legislador diera a determinados jefes de servicio el rango de ministro, pero esa norma fue en definitiva descartada.

III

CONCEPTO, FUNCIONES Y CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

a) *Concepto*. Frente a las diversas tendencias y controversias que existen en torno al concepto de servicio público, el legislador adoptó una posición bien definida haciendo suya la concepción orgánica. Cabe consignar que en los primitivos estudios del proyecto se había preferido eludir el punto.

Es así como el artículo 25 dispone que "los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua". En consecuencia, debe necesariamente tratarse de organismos integrantes de la Administración del Estado cuyo objetivo es la satisfacción de necesidades colectivas. En todo caso, en armonía con lo previsto en el artículo 62, N° 2° de la Constitución Política, la creación, planta superior y funciones de estos organismos deben tener respaldo legal. Y, considerando otro de los elementos del servicio público que recoge la doctrina, resulta evidente que para estas instituciones rigen normas especiales de derecho público; desde luego las contempladas en la Constitución Política y en la propia Ley N° 18.575, sin perjuicio de que, en lo que no sea contrario, las leyes orgánicas de los respectivos servicios puedan hacerles aplicables reglas del derecho común.

En todo caso es preciso no ignorar que el concepto orgánico de servicio público que acoge esta ley no es excluyente del concepto funcional de servicio, el que tiene plena vigencia cuando el legislador se refiere a los servicios como expresión de actividad (por ejemplo, al tratarse de las concesiones de servicios públicos de alumbrado, de agua potable, ferroviarios, etc.).

b) *Funciones*. El servicio público es por esencia un órgano administrativo de ejecución. Ello se infiere de la propia definición del artículo 25, pero, además, lo consigna expresamente el mismo precepto cuando dispone que los servicios públicos "estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios *cuyas políticas, planes y programas les corresponde aplicar*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27". Confirma esta circunstancia el hecho de que el artículo 19, inciso final, al referirse a los Ministerios declara en forma expresa que "sólo en forma excepcional, en los casos que determine la ley, un Ministerio podrá actuar como órgano administrativo de ejecución".

Como se observa, la función específica de los servicios es la de satisfacer las necesidades públicas ejecutando las políticas, planes y programas aprobados por los respectivos Ministerios. En este sentido hay una limitación evidente de su competencia, cualquiera que sea la naturaleza de la institución.

Lo anterior debe conciliarse, cuando corresponda, a lo dispuesto en el artículo 27, que examinaremos más adelante.

c) *Clasificación*. Esta ley ha importado un avance muy significativo en relación con este aspecto, por cuanto se puso término a un sinnúmero de tipos de servicios que existían precedentemente.

A contar desde la vigencia de este texto legal, los servicios públicos "serán centralizados o descentralizados", precisándose que los primeros "actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco, y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente", en tanto que los segundos "actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio correspondiente" (art. 26). La misma ley dispone que los servicios públicos descentralizados lo pueden ser en el ámbito funcional o territorial (parte final del art. 26).

Los conceptos que emplea la ley no requieren de mayor explicación, pues

encuadran exactamente a lo que la doctrina entiende por servicios centralizados y descentralizados.

A contar desde la vigencia de la norma antes citada, todos los servicios públicos regidos por el Título II tienen que encuadrarse dentro de los tipos de servicios ya consignados. Por eso la enumeración de servicios que hace el art. 62, Nº 2º de la Constitución Política, en cuanto reconoce la existencia de instituciones semifiscales, carece de posibilidad de aplicación práctica.

Cabe consignar que de acuerdo con la regla programática del artículo 3º de la Constitución Política que señala que "la ley propenderá a que su administración (del Estado) sea funcional y territorialmente descentralizada", en la actualidad la gran mayoría de los servicios públicos tienen el carácter de descentralizados, lo que produce numerosos efectos, entre otros, para la determinación del ámbito de fiscalización de la Contraloría General, ya que tratándose de este tipo de organismos hay que atenerse a lo que disponga el legislador al revés de lo que pasa con los servicios centralizados (que actúan con la personalidad del Fisco) y que constitucionalmente quedan siempre sometidos a la acción fiscalizadora de ese Organismo de Control (artículo 87 de la Constitución Política).

Por otra parte, aunque no lo dice directamente, de los términos del artículo 27 podemos deducir que hay servicios nacionales, con competencia en todo el territorio del Estado, y servicios regionales que se crean "para desarrollar su actividad en todo o parte de una región".

d) *Estructura.* Los artículos 28 y 29 de la ley procuran uniformar la organización de los servicios, distinguiendo niveles jerárquicos, para cuyo efecto "se considerará la importancia relativa y el volumen de trabajo que significuen las respectivas funciones y el ámbito territorial en que actuará el servicio" (art. 29, inciso 3º). Por regla general, la jefatura superior estará a cargo de un Director, salvo que la ley, en casos excepcionales, les otorgue una denominación distinta (art. 28, inciso 1º).

Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo final, prorrogado por la Ley Nº 18.670, todavía no se hace esta adecuación orgánica en todos los servicios públicos.

Cabe consignar que la ley podrá establecer "consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos", dejando abierta la posibilidad de que tengan carácter de decisorios o de meramente asesores (art. 28, inciso final).

e) *Dependencia.* Constituye uno de los elementos básicos de los servicios centralizados.

Lo normal es que esta subordinación opere respecto del Presidente de la República a través del Ministerio correspondiente (art. 26, inciso 2º).

Sin embargo, hay dos excepciones muy calificadas:

1. Pueden existir servicios sometidos bajo la dependencia directa del Presidente de la República, cuando la ley, excepcionalmente, así lo determine (art. 25, inciso final), y

2. Los servicios regionales centralizados, que existen para desarrollar su actividad en toda o en una parte de una región, estarán sometidos a la dependencia del respectivo Intendente (art. 27).

La verdad es que esta última regla no deja de ser desconcertante, por cuanto se produce una desvinculación del Ministerio correspondiente, lo que rompe la idea del sector ya analizado precedentemente. Lo natural hubiese sido que esta dependencia al Intendente sólo operase respecto de la aplicación de las políticas, planes, proyectos y presupuestos regionales. La redacción del art. 27 es terminante de modo tal que rompe todo grado de subordinación jerárquica con el Ministerio, salvo en lo que toca a la sujeción de política nacional y a normas técnicas (art. 27, inciso final).

f) *Supervigilancia.* Es uno de los elementos típicos de los servicios públicos centralizados. Hecha esta denominación ya no cabe emplear otros términos, como tutela administrativa, por ejemplo, para expresar la misma idea. En todo caso su significado se conoce perfectamente y no requiere de una explicación mayor.

Generalmente esta supervigilancia opera respecto del Presidente de la República a través del Ministerio correspondiente. Sin embargo, al igual como ocurre con los servicios centralizados, esta relación puede operar en ciertos casos directamente con el Presidente de la República o ejercerse por el Intendente respectivo, según las situaciones de que se trate (arts. 25, inciso final, y 27, inciso 1º).

Es necesario tener presente, en todo caso, que todos los servicios públicos, sean centralizados o descentralizados, nacionales o regionales, están sometidos al control presidencial que se ejerce a través de los Ministerios, en todo lo relativo a la ejecución de las políticas, planes y programas sectoriales, por aplicación de la regla prevista en los arts. 26 y 27, inciso final.

g) *Potestades del Intendente.* El artículo 38 de la ley entrega una serie de facultades al Intendente para los efectos de consolidar su "superior iniciativa y responsabilidad en la ejecución y coordinación de las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo regionales" y, en concordancia con ello, le atribuye potestades de "supervigilar, coordinar y fiscalizar los servicios públicos de la región".

Esta norma es manifiestamente incompleta, puesto que en la idea de la regionalización está implícita la ejecución de las políticas, planes y presupuesto regionales a través de los organismos integrantes de la Administración del Estado existentes en cada región, para cuyo efecto la autoridad superior, esto es, el Intendente, debe tener una efectiva potestad de mando. Ello ha operado así hasta la fecha sin dificultades de ninguna índole. En armonía con esta tesis, el art. 5º, Nº 5º del Decreto Ley Nº 575, de 1974, sobre regionalización del país, norma que no ha sido derogada, establece que corresponde al Intendente "coordinar y regular la forma en que deben actuar los servicios de la Administración del Estado, de carácter civil, para la debida ejecución, por su intermedio, de las políticas, planes y proyectos a que se refiere el artículo 5º

del Decreto Ley Nº 573, de 1974". Agrega: "Para estos efectos, *quedarán subordinados al Intendente Regional los jefes de servicios existentes en la región*, sin perjuicio de las facultades propias, de carácter técnico, que correspondan a los jefes superiores de los servicios a que pertenezcan. Igual norma se aplicará a los de otras instituciones del Estado".

Sería bastante grave para las regiones que se entendiera derogada la norma antes transcrita por el artículo 38 de la Ley Nº 18.575, en circunstancias que jamás ha sido la intención del legislador modificar el sistema regional. Por lo tanto, habría que entender que la frase final del Nº 5º ya citado no constituye sino una explicación o desarrollo de la facultad genérica de coordinación allí prevista y que ha sido reproducida substancialmente igual por el art. 38 de la Ley Nº 18.575.

h) *Régimen de las empresas.* Las empresas públicas del Estado forman parte de la Administración estatal. Ello es obvio. En realidad son servicios públicos que tienen el carácter de descentralización. Por lo demás, el artículo 62, Nº 2º de la Constitución Política, les reconoce su condición de organismos integrantes de la Administración del Estado, hecho que confirma el art. 1º de la Ley Nº 18.575.

Sin embargo, por expresa disposición del artículo 18 de la misma ley, no rigen para estas empresas las reglas del Título II y deben atenerse, en cada caso, a la ley de quórum calificado correspondiente.

De este modo se pretende dar cumplimiento a lo establecido en el art. 19, Nº 21º, que exige ley de quórum calificado para que el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales.

Es necesario tener presente que, de acuerdo con la amplitud del texto constitucional, el Estado cuando crea empresas las somete al régimen del derecho común y sólo excepcionalmente, cuando una ley de quórum calificado disponga lo contrario, por motivos justificados es aplicable el régimen de dere-

cho público. Sin embargo, aquí se produce una contradicción evidente con lo establecido en el artículo 62, N° 2°, de la Constitución que, en cuanto a las empresas públicas, exige que lo relativo a los empleos y a la supresión y determinación de funciones y atribuciones es materia de ley.

i) *Situación de los establecimientos universitarios.* Primitivamente, las universidades estatales quedaban excluidas expresamente de la aplicación de las reglas de la ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado en atención a sus especiales características.

Sin embargo, el texto que en definitiva se aprobó no sólo les hizo aplicables las normas generales del Título I, sino también las reglas especiales del Título II. Por consiguiente, dentro de la tipología que consigna el artículo 26, los establecimientos de educación superior tienen la calidad de servicios públicos descentralizados. En esta condición, las universidades quedan regidas por todas las reglas examinadas precedentemente para tales servicios.

La única diferencia es que, en conformidad con lo previsto en el artículo 29, inciso final, varía la estructura, por cuanto las "instituciones de Educación Superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización facultades, escuelas, institutos, centros de estudios y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos".

Es necesario destacar, de acuerdo con la regla antedicha, que las propias universidades quedan con competencia para crear esta organización interna dentro de los marcos que le fije el legislador. De este modo el artículo 29 no le confiere un mandato a la ley, sino que le atribuye directamente una facultad a las mismas instituciones de educación superior. Sin embargo, esta competencia hay que conciliarla con el régimen establecido en la respectiva legislación universitaria, en relación con lo previsto en el art. 19, N° 11°, y art. 62, N° 2°, de la Constitución Política.

IV

LA DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA

a) *Concepto.* El profesor Manuel Daniel Argandoña, en su obra "La Organización Administrativa en Chile", señala que la desconcentración "es el fenómeno en virtud del cual se transfieren competencias de órganos superiores a los inferiores y se disminuye la subordinación de éstas a aquéllas". A ello habría que agregar que en nuestro ordenamiento jurídico esta transferencia de competencia debe ser hecha directamente por ley.

La Ley N° 18.575 reconoce y desarrolla con propiedad la misma idea en los artículos 23, 30 y 31.

b) *Tipos de desconcentración.* El análisis de las disposiciones antes mencionadas permite concluir que existen varias fórmulas o tipos de desconcentración:

1. Desde luego, está la desconcentración territorial de los Ministerios a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, prevista en el artículo 23, y cuyas facultades se encuentran reguladas, de un modo general, en el artículo 16 del Decreto Ley N° 575, de 1974;

2. Existe también una desconcentración institucional. Ella ocurre cuando "la ley confiere competencia exclusiva a los servicios centralizados para la resolución de determinadas materias", caso en el cual "el jefe del servicio no quedará subordinado al control jerárquico en cuanto a dicha competencia". En realidad la expresión control hay que tomarla en este caso en un sentido amplio, puesto que tratándose de las materias específicas en que recae la desconcentración queda suspendida en plenitud la subordinación jerárquica. En cambio, siguen rigiendo las facultades generales de fiscalización previstas en el art. 19 para los Ministerios.

En conformidad con lo previsto en el inciso final del mismo artículo 31, a los servicios que se encuentran en esta situación la ley les podrá dotar "de recursos especiales o asignarles determinados bienes para el cumplimiento de sus

fines propios, sin que ello signifique la constitución de un patrimonio diferente del fiscal”.

Algunos autores denominan a estos organismos como “servicios desconcentrados”, terminología que no se aviene con la naturaleza específica de la desconcentración y que no encuadra con la clasificación de los servicios públicos que hace la propia ley;

3. Por último, existe la desconcentración interna, que opera dentro de un mismo servicio, y que puede ser tanto funcional como territorial. A ella se refiere el artículo 30. De acuerdo con el inciso final del precepto en análisis, “la desconcentración funcional se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio”. Como es obvio, dicha radicación debe efectuarse en órganos subordinados dentro de la estructura del respectivo servicio.

En cuanto a la desconcentración territorial, el artículo 30, inciso 2º, contempla un solo procedimiento que consiste en la creación de “Direcciones Regionales, a cargo de un Director Nacional del servicio”. Ello implica necesariamente un grado de desconcentración funcional, si nos atenemos a las atribuciones previstas para los Directores Regionales en el artículo 20 del Decreto Ley Nº 575, de 1974.

El mismo inciso 2º, en su parte final, dispone lo siguiente:

“No obstante, para los efectos de la ejecución de las políticas, planes y programas de desarrollo regional estarán (los Directores Regionales) subordinados al Intendente a través del respectivo Secretario Regional Ministerial”. Esta norma induce a equívocos, pues podría inferirse de ella que sólo los Directores Regionales están subordinados a los Intendentes para los efectos ya señalados, en circunstancias que esto constituye una regla de general aplicación según se ha manifestado anteriormente (facultades de los Intendentes: artículo 38 de la Ley Nº 18.575, en relación con el artículo 5º, Nº 5º, del Decreto Ley Nº 575, de 1974).

c) *Efectos y límites.* La desconcentración, cualquiera que sea su especie,

trae como consecuencia la supresión de la subordinación jerárquica respecto del órgano superior que corresponda, pero sólo en lo relativo a las materias específicas en que ella recae. Por lo tanto, en el resto de la competencia continúa rigiendo en plenitud la referida subordinación jerárquica.

Lo anterior no significa en caso alguno que los Ministerios y jefaturas superiores de servicio, según corresponda, estén impedidos de ejercer sus funciones fiscalizadoras de tipo general. El punto adquiere especial relevancia si se considera que en todo momento los servicios públicos deberán ajustarse a las políticas, planes y programas que les corresponde aplicar (art. 25), sin perjuicio de lo que deban hacer al respecto en el ámbito regional.

V

TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El artículo 35 dispone: “En aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público, las funciones de éste podrán ser asumidas por otro. Para tal efecto, deberá celebrarse un convenio entre los jefes superiores de los servicios, aprobado por decreto supremo suscrito por los Ministros correspondientes. Tratándose de convenios de los servicios a que se refiere el artículo 27, servicios regionales, éstos serán aprobados por resolución del respectivo Intendente”.

Este precepto permite una verdadera forma de transferencia de parte de la competencia de un servicio a otro por la vía administrativa siempre que se cumplan los requisitos allí consignados. En todo caso la transferencia es específica en relación con las funciones que deben ejercerse en un lugar determinado y siempre que en dicho lugar no exista el servicio titular de la transferencia.

Esta figura jurídica guarda similitud con la “sustitución interorgánica”, regulada por el artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo española.

Como lo contempla la norma, esta transferencia exige la subscripción de

un convenio por las respectivas jefaturas, aprobado por decreto supremo. Es obvio que la responsabilidad por el ejercicio mismo de las facultades transferidas corresponde al servicio que recibe la competencia adicional, sin perjuicio de que la autoridad que transfiere deberá fiscalizar el adecuado cumplimiento del convenio. Si con posterioridad se establece el respectivo servicio en el lugar correspondiente deberá cesar el convenio, puesto que la transferencia sólo se autorizará en el caso de carencia del mismo, como ya se explicó antes.

Esta institución jurídica no puede confundirse con una simple medida de coordinación que pueden llevar a efecto los servicios públicos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º, inciso 2º.

Es una lástima que el legislador no haya aprobado una regla semejante a la establecida en el artículo 67 del Decreto Ley Nº 1.289, de 1976, que no fue reproducido en la actual Ley Orgánica de Municipalidades y cuyo tenor era el siguiente:

“Dos o más Municipalidades podrán convenir la prestación de servicios o la ejecución de obras en común, con excepción de las que se refieran a desarrollo comunitario y finanzas, que deberán ser ejercidas separadamente por cada Municipalidad. Estos convenios se aprobarán, en conjunto o por separado, por los respectivos Alcaldes, a iniciativa de cualquiera de los municipios interesados”.

“Los Alcaldes deberán comunicar al Gobernador Provincial la suscripción de estos convenios”.

“En el decreto en que los Alcaldes respectivos aprueben el convenio suscrito, se determinarán las formas en que las Municipalidades cumplirán sus respectivas obligaciones y la Municipalidad que tendrá a su cargo la administración y dirección de los servicios que se presten u obras que se ejecuten”.

“Las sumas en que deba concurrir cada Municipalidad para el cumplimiento de los acuerdos deberán consultarse en cada presupuesto municipal”.

Como es fácil observar un mecanismo como el antes consignado sería factible de ser aplicado en forma general dentro

de la Administración con todas las ventajas que ello significa.

VI

LAS DELEGACIONES

De acuerdo con los términos de la Ley Nº 18.575, existen tres tipos diferentes de delegaciones, con los efectos propios que en cada caso se indican.

a) *Delegación de representación del Fisco*. El representante extrajudicial del Fisco es, naturalmente, el Presidente de la República. Ello no impide que el legislador determine otros órganos de representación del Fisco como ocurre en el caso del Intendente, a quien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º, Nº 11º, del Decreto Ley Nº 575, de 1974, le corresponde representar extrajudicialmente al Estado en la respectiva región, en la realización de los actos y celebración de los contratos que sean necesarios para el desarrollo de la misma, con cargo al Presupuesto Regional, pudiendo delegar esta representación en los jefes de servicios, según la naturaleza de la materia de que se trate.

Pues bien, esta representación natural del Presidente de la República puede ser delegada, “en forma genérica o específica”, “en los jefes superiores de los servicios centralizados *para la ejecución de los actos y celebraciones de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio*”. Aún más, “a proposición del jefe superior, el Presidente de la República podrá delegar esa representación en otros funcionarios del servicio”.

Como es fácil observar, esta delegación debe encuadrarse estrictamente a la especialidad del respectivo servicio y puede efectuarse en relación con actos o contratos determinados específicamente o en relación con la generalidad de los actos y contratos. En todo caso debe existir una especificación mínima, porque la delegación total es contraria a la naturaleza misma de la facultad de delegar.

Lo importante es destacar que en este caso la delegación se establece por la sola vía administrativa a través del co-

respondiente decreto supremo, el que debe ser firmado por el Presidente de la República y estar afecto al trámite de toma de razón.

b) *La delegación de facultades.* El artículo 43 dispone lo siguiente:

"El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes:

a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;

b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;

c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;

d) 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, y

e) La delegación será esencialmente revocable.

El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación".

La norma recién transcrita es muy clara en cuanto a sus requisitos, contenido y efectos.

Debe tenerse presente que mediante este precepto se amplía notablemente la facultad de delegar por la vía administrativa, pero ello no impide que el legislador establezca reglas específicas de delegación en materias determinadas. Aquí no se establecen pautas para el legislador, sino que su objetivo es conferir la facultad directa a los jefes, cualquiera que sea su nivel, para delegar facultades en sus subordinados, en las condiciones que señala el mismo art. 43.

Es necesario destacar que la responsabilidad por los actos realizados en virtud de la delegación corresponde al delegatorio, sin perjuicio de que el delegante también sea responsable si no ejerce sus atribuciones propias de dirección y de fiscalización. Hay que entender que esta responsabilidad opera si las fallas de dirección o fiscalización han constituido factores determinantes en el mal ejercicio de la facultad delegada.

Asimismo, conviene tener presente que el jefe delegante no podrá ejercer sus facultades normales de avocación respecto de las materias de la decisión del delegatorio, salvo que, como lo dispone la norma, revoque previamente la delegación. Por eso mismo es que en el supuesto que una facultad haya sido delegada no cabe la interposición del recurso jerárquico, pues el superior carece de competencia para revocar.

Es evidente que si el delegatorio se excede del ámbito de la delegación incurre en el vicio de incompetencia y, por lo tanto, todo lo actuado en esas condiciones será nulo.

Por otra parte, tal como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la jurisprudencia administrativa no cabe la delegación de las facultades delegadas, pues sólo procede delegar el ejercicio de atribuciones propias.

Hay un requisito que no aparece en el precepto, pero que rige de acuerdo con las reglas generales. Se trata de que el acto delegatorio habrá de constar en un decreto o resolución que debe someterse al trámite de toma de razón. En todo caso, según las reglas de la resolución N° 1.050, de 1980, de la Contraloría General, sobre Exención de Toma de Razón, no es necesario cumplir este trámite cuando la delegación incide en materias no sometidas al mismo (art. 1°, N° 17°).

c) *Delegación de firma.* El inciso final del artículo 43, dispone: "Podrá igualmente delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada".

Lo importante es advertir que en este caso no se delega el ejercicio de ninguna atribución, sino tan sólo se autoriza al subordinado a firmar por orden del superior. Esa es la razón por la cual responde siempre el superior, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haberle al subordinado.

VII

PARTICIPACIÓN DE LOS MUNICIPIOS Y DE
LOS PARTICULARES EN LA GESTIÓN DE
LOS SERVICIOS REGIDOS POR
EL TÍTULO II

Uno de los rasgos distintivos del proceso de reforma administrativa ha sido la de propugnar la celebración de convenios con las municipalidades y también con los particulares a fin de que participen en la gestión de los servicios públicos.

En plena armonía con esta idea, el artículo 34 dispone: "Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado".

El análisis del precepto demuestra que pueden darse tres situaciones distintas:

a) Se puede encomendar a un Municipio o a una entidad privada la ejecución de acciones específicas, que de lo contrario deberían ser realizadas por el propio servicio, pues inciden en materia de su competencia: el caso más típico es el otorgamiento a particulares de concesiones de servicios públicos.

b) Se entrega a un Municipio o a una entidad de derecho privado la administración de un bien de propiedad del servicio, como podría ocurrir con un inmueble.

La ley exige que el bien que se entregue en administración debe ser de propiedad del servicio. Por consiguiente, no hay problemas tratándose de servicios públicos descentralizados, que tienen su propio patrimonio, pero no ocurre lo mismo respecto de servicios centralizados.

c) Se entrega a un Municipio o a una entidad de derecho privado la administración de un establecimiento.

En este caso la administración recae sobre una universalidad comprensiva de los más variados recursos. Ejemplo: se entrega la administración de un hospital.

La idea es que la administración de que se trate recaiga sobre bienes y establecimientos que estén prestando servicios directos a la comunidad, tarea que deben seguir cumpliendo los particulares según se deduce del precepto, sin que exista cambio de dominio de los bienes.

El sistema en análisis se aplica también en la legislación municipal. En efecto, la actual Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley N° 18.695, de 1988) en su artículo 6°, inciso 2°, establece una regla semejante:

"Las municipalidades podrán, además, celebrar contratos, previa licitación pública, con personas naturales o jurídicas de carácter privado para la ejecución de acciones a la administración de establecimientos o bienes que posean o tengan a cualquier título". Sólo se denotan tres diferencias: los contratos pueden celebrarse también con personas naturales, se requiere de licitación pública y los bienes pueden tenerse a cualquier título.

Al respecto la Circular N° 18.127, de 1988, de la Contraloría General de la República, manifestó lo siguiente:

"Ahora bien, respecto de la atribución prevista en el inciso 2° del artículo 6° citado, corresponde señalar que las municipalidades pueden, por una parte, celebrar contratos con personas naturales o jurídicas de carácter privado para la ejecución de acciones y, por otra, para la administración de establecimientos o bienes que posean o tengan a cualquier título, en ambos casos, previa licitación pública".

"En cuanto a la celebración de contratos para la ejecución de acciones con particulares, previa licitación pública, cabe destacar que en tal concepto deben entenderse comprendidas, entre otras, las concesiones de servicios y los convenios que las municipalidades celebren para realizar labores coordinadas con entes privados a fin de dar cumplimiento a sus funciones, sean éstas privativas o compartidas. Esto último, fluye del estudio de la historia fidedigna del establecimiento del texto legal en examen".

"En lo que concierne a la concesión de servicios municipales, si bien, a diferencia de lo que acontecía en el Decreto

Ley N° 1.289, de 1975, la actual normativa no la contempla expresamente, ella queda comprendida en el concepto de ejecución de acciones, atendida su naturaleza”.

En cualquiera de las situaciones planteadas, cuando el convenio se celebre con particulares estamos frente a contratos administrativos, pues éstos reúnen todas sus características, no sólo en cuanto a la calidad de las partes, sino también en cuanto a los fines que persiguen y al régimen jurídico aplicable. En cambio, cuando el contrato se celebra con un Municipio tiene el carácter de contrato de derecho público interadministrativo. Pero en ambos casos los recursos siguen siendo estatales y por eso es que la ley exige que deben adoptarse las medidas conducentes para proteger el patrimonio del Estado.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que esta norma no establece una facultad directa para la administración en orden a celebrar este tipo de contratos, pues los condiciona a la autorización que otorgue la ley corriente. Y será precisamente dicha ley la que establecerá los requisitos y modalidades necesarias considerando la naturaleza del convenio.

Cabe manifestar que la ley se refiere sólo a entidades privadas, sin mayor especificación. En consecuencia, pueden éstas ser corporaciones, fundaciones o sociedades, pero siempre tiene que tratarse de personas jurídicas, pues de lo contrario estarían incapacitadas jurídicamente para celebrar válidamente los respectivos convenios.

VIII

NORMAS BÁSICAS SOBRE ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 38 de la Constitución Política cuando dispuso que una ley orgánica constitucional debería establecer la organización de la Administración Pública, no sólo se refirió a la estructura de ella, sino a que los diversos elementos básicos que integran un todo orgánico.

Esa es la razón por la cual en el proyecto elaborado por la Comisión de

Leyes Orgánicas Constitucionales se regulaban aspectos tan trascendentales ligados al funcionamiento de la Administración como los relativos a los efectos de los actos administrativos, su revocación y su forma de cumplimiento.

Lamentablemente en nuestra opinión tales temas fueron omitidos en la ley promulgada, aduciéndose para ello que se trata de materias propias de la normativa legal de procedimiento administrativo, según lo establecido en el artículo 60, N° 18, de la Constitución Política. Curiosamente no se siguió la misma línea de interpretación cuando en el artículo 9° se contemplaron los recursos de reposición y jerárquico, materias típicas de procedimiento administrativo. En cambio, las potestades revocatorias o de ejecución que tiene la Administración Pública inciden por su propia naturaleza, de un modo esencial, en el funcionamiento de ella, hecho que adquiere más significación si se considera que el Párrafo 1° del Título II de la ley se denomina precisamente, “De la Organización y Funcionamiento”.

IX

ALGUNAS PRECISIONES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

No es objetivo de este trabajo hacer un análisis de todos los alcances de la Ley N° 18.575, en materia de responsabilidad del Estado, por cuanto el tema requiere de un estudio especial.

Por eso, dentro de los objetivos del análisis nos limitaremos a referirnos en forma global a dicho punto, efectuando algunas precisiones básicas.

a) *Regla de aplicación general: art. 4°.* Dentro del Título I sobre Normas Generales se encuentra el artículo 4°, que dispone textualmente: “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”.

La importancia de este precepto radica en que consagra formalmente, y de un modo general, el principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones. Y cuando lo hacen no admite limitaciones ni en cuanto a los sujetos causantes del daño ni en cuanto a las causales específicas. En consecuencia, hay responsabilidad estatal por acción u omisión de cualquier organismo administrativo, estén o no recogidas por el Título II de la ley. De este modo resulta ilegítimo sostener la irresponsabilidad del Estado por los actos de los órganos previstos en el inciso 2º del artículo 18, pues ello importaría dejar parcialmente sin aplicación el art. 4º.

En cuanto a las causales generales de la responsabilidad, el artículo 4º no establece tampoco ninguna condición especial, de manera que dicho precepto debe regir dentro del contexto general del sistema jurídico chileno, principalmente del estatuido en el ordenamiento constitucional.

b) *Artículo 44.* Esta norma establece lo siguiente: "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 falta personal".

En primer término, es necesario destacar que el precepto recién transcrito sólo rige respecto de los servicios públicos previstos en el inciso 1º del artículo 18, no así respecto de los citados en el inciso 2º del mismo artículo, esto es la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley, "órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales de quórum calificado, según corresponda".

El primitivo texto de la norma del artículo 44 era de aplicación general, para todos los servicios públicos, pero en el texto final ese alcance fue limitado por la ubicación de la norma, considerando la regla del artículo 18.

Curiosamente la redacción del artículo 44 corresponde manifiestamente a una idea de vigencia amplia, puesto que consigna la responsabilidad por los daños causados por los "órganos de la Administración".

Es indiscutible que el artículo en estudio consagra de un modo claro, que no da lugar a equívocos, la doctrina objetiva de la responsabilidad del Estado por falta de servicio público. Como es bien sabido, hay falta de servicio cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, cuando lo hace defectuosamente o cuando lo hace tardíamente. Dentro de este contexto el funcionamiento ilegal importa también incurrir en la referida causal.

La ley no entra en mayores detalles, pero para medir los efectos de la norma hay que atenerse a la concepción doctrinaria de falta de servicio público, especialmente la elaboración por la jurisprudencia francesa. En todo caso, ya existía en nuestro país el antecedente de la aplicación de esta doctrina con el artículo 62, inciso 3º del Decreto Ley Nº 1.289, de 1976, ex Ley Orgánica de los Municipios, que instituyó esta responsabilidad de un modo substancialmente igual. No es necesario repetir, entonces, los efectos de este precepto que ya han sido interpretados por numerosos fallos.

Las únicas diferencias notables que visualizamos entre el artículo 44 de la Ley Nº 18.575 y el artículo 62 del Decreto Ley Nº 1.289 se refieren a que esta última emplea la expresión "principalmente", lo que deja claramente abierta la posibilidad de que se establezca la responsabilidad estatal por otras causales que no sean las de falta de servicio. En efecto, la referida norma disponía lo siguiente: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente". Esta norma ha sido reproducida íntegramente en el artículo 83 de la Ley Nº 18.695, actual Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

La otra diferencia es que la Ley N° 18.575 establece con mayor claridad que los funcionarios públicos son responsables sólo por falta personal, lo que implica grave negligencia o dolo en el desempeño funcionario. Al respecto cabe consignar que, si bien es cierto, el artículo 44 contempla la posibilidad de que el Estado repita en contra del funcionario que ha cometido falta personal no existe norma alguna que impida a la víctima actuar directamente en contra de esos agentes aplicando las reglas generales. De este modo el particular puede iniciar la acción de contra del Estado y simultáneamente en contra del funcionario. Ello se deduce también de lo establecido en el artículo 175 del Estatuto Administrativo.

3. *Situaciones no previstas por el artículo 44.* La pregunta que cabe formular es: si un servicio público de los regidos por el Título II causa daño a un particular por una conducta que no implica falta de servicio público, ¿cabe la indemnización de perjuicios?

Aparentemente la respuesta sería negativa, puesto que el artículo 44 sólo consulta la responsabilidad por falta de servicio.

Sin embargo, estimamos que ello no es así, si ponderamos lo estatuido en el artículo 4° de la misma ley y los preceptos constitucionales que ilustran la materia.

En efecto, el artículo 4° no hace distinción; el artículo 19, N° 20°, establece la igual repartición de las cargas públicas y el artículo 19, N° 24° reconoce ampliamente el derecho de propiedad. Por lo demás, existen principios constitucionales insertos en los artículos 1°, 4°, 5°, 6° y 7° de la Constitución Política (respecto de derechos esenciales y responsabilidad inherente a un régimen democrático) y principios de equidad que ilustran todo nuestro ordenamiento jurídico que también deben ser considerados. De este modo, si una persona experimenta un daño injusto, de carácter particular, que implica una desigual repartición de cargas públicas, también debe tener derecho a la indemnización de perjuicios, aun cuando técnicamente no haya falta de servicio

público. Así, por lo demás, ya fue reconocido por la Corte Suprema en el famoso caso Galletué con Fisco (Fallo de la Corte Suprema, de 1984, publicado en la Gaceta Jurídica N° 50, de ese año, págs. 37 y siguientes).

Sería absurdo que la norma del artículo 44 implicara una restricción en materia de responsabilidad en circunstancias que el artículo 4° la ha consagrado en forma muy amplia.

4. *Responsabilidad por acciones u omisiones de los servicios mencionados en el artículo 18, inciso 2° de la ley.* Como ya se analizó antes, el artículo 44 no es aplicable directamente a los servicios consultados en el inciso 2° del artículo 18.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Significa esto que no hay responsabilidad civil extracontractual por las acciones u omisiones de la Contraloría General, del Banco Central, de las Fuerzas Armadas y de las demás instituciones señaladas en el referido inciso?

Desde luego el problema no se plantea respecto de los Municipios, puesto que para ello rige la responsabilidad prevista en el artículo 83, inciso 1°, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, precepto que, como ya se manifestó antes, es substancialmente igual al artículo 44. Hay también normas sobre responsabilidad tratándose de las empresas del Estado, según lo establecen sus respectivas leyes orgánicas, pero ellas no sirven para cubrir siempre todos los daños que efectivamente se causen.

Frente a la pregunta antes planteada debemos afirmar que una respuesta negativa repugnaría a todo sentido de justicia, sería atentatoria a las bases mismas de un Estado de Derecho y claramente violatoria de lo establecido en el propio artículo 4° de la Ley N° 18.575, tantas veces mencionado.

El problema ha sido en nuestra opinión acertadamente resuelto en un fallo de la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda (publicado en la Gaceta Jurídica, Conosur N° 79, año 1987, pág. 54 y siguientes) cuando encaró un problema de responsabilidad originado en la actuación de un miembro de las Fuerzas

de Orden. Entre otros fundamentos, allí se acogió la demanda indemnizatoria por las siguientes razones:

2º Que la responsabilidad extracontractual del Estado debe fundarse, en cambio, en las normas y principios que la Constitución Política establece como bases de la institucionalidad”.

“En efecto, de los preceptos que se mencionarán y analizarán a continuación fluye necesariamente la obligación del Estado de responder por la actuación ilícita de sus órganos. Dichos preceptos son: artículos 1º, inciso 4º, 5º inciso 2º, 6º y 7º incluidos en el Capítulo I de la Constitución”.

“3º Que el artículo 1º incisos 4º y 5º de la Constitución Política tiene como precedente el artículo 2º del Acta Constitucional N° 2 contenida en el Decreto Ley N° 1.551, publicada en el Diario Oficial de 13 de septiembre de 1976 y de la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974”.

“De las citas que se realizan a continuación se desprende un conjunto de principios ético-sociales que son necesarios tener en cuenta para resolver ciertamente el asunto sublite”.

“a) El artículo 1º, incisos 4º y 5º de la Constitución Política dispone: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

“b) El artículo 2º inciso 1º del Acta Constitucional N° 2 declara: “El Estado debe promover el bien común, creando las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes

de la comunidad nacional alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a la seguridad, libertad y dignidad del ser humano y a su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

“c) La Declaración de Principios del Gobierno de Chile: “8º que por otra parte, al declarar el artículo 4º de la Constitución Política que Chile es una república democrática, se afirma que se instituye un régimen de gobierno “jurídicamente institucionalizado, donde todos los sujetos, gobernantes y gobernados, son responsables, esto es, responden en el Derecho y dan cuenta de sus actos y conductas, donde todo agraviado o lesionado por sus hechos o actos puede pedirles cuenta y llevarlos a los tribunales para que éstos declaren la adecuación o inadecuación de ellos frente al Derecho y resarzan los daños o perjuicios que ilícitamente han provocado, en otros términos, un régimen donde no hay sujetos fuera del Derecho, todos se encuentran a él sujetos, sean públicos o privados, naturales o jurídicos, aun el mismo Estado, y cualquiera de sus órganos”. (Eduardo Soto Kloss, Ponencia a la XV Jornada de Derecho Público a la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, noviembre de 1984).

“9º Que concuerda y refuerza todo lo anterior los artículos 38 de la Constitución Política; 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y 1º y 4º de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

“La lectura atenta de los preceptos citados conduce a la responsabilidad del Estado por los daños que causan los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, debiendo entenderse por tales órganos los indicados en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley N° 18.575, norma que incluye en esta categoría a las fuerzas de orden como son Carabineros de Chile”.

“En el caso de autos el demandado Castro, en la ocasión del choque, se desempeñaba como carabinero y chofer de un vehículo del Ministerio de Hacienda y al no existir prueba que indique

lo contrario, el Tribunal estima que actuaba en el ejercicio de sus funciones”.

“10. Que a estas alturas del razonamiento cobra todo su rigor lo sostenido por el profesor Hugo Caldera Delgado, quien postula para el Estado un sistema normativo propio sobre responsabilidad extracontractual contenido en la Constitución Política, Leyes Orgánicas de Servicios Públicos, Ley Orgánica de la Contraloría, Estatuto Administrativo, etc.” (“Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980”, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 155).

“Que en virtud de lo razonado debe rechazarse la excepción subsidiaria del Fisco expuesta en la contestación a la demanda de fojas 7, y fundada en el inciso 6º del artículo 2320 del Código Civil”.

En términos similares se acogió una demanda de indemnización de perjuicios con motivo de daños causados por la actuación ilegítima de miembros de Fuerzas de Seguridad (Fallo Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, de 16 de enero de 1986, publicado en la Gaceta Jurídica Nº 67, año 1986).

Allí, en la parte que interesa, se manifestó lo siguiente:

“33º Que en el Derecho Privado se establece y reglamenta la responsabilidad extracontractual de las personas que han cometido algún delito o cuasidelito, obligándoselas a indemnizar íntegramente el daño producido”.

“El artículo 2320 del Código Civil estatuye, además, que toda persona responde no sólo de sus propias acciones, ‘sino de aquellas que estuvieren a su cuidado’, y el artículo 2322 del mismo Código agrega que los amos responderán por la conducta de sus criados o sirvientes; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado ante su vista”.

“Ambas normas, junto con sentar estos principios indican los casos de excepción a ellos”.

“34º Que la alegación de la defensa del Fisco, en orden a que estas disposiciones no serían aplicables en la especie, por investir los reos la calidad de empleados públicos, como funcionarios de

la Policía de Investigaciones, y haber actuado en tal carácter, resulta efectiva, a juicio del sentenciador, por lo que será acogida y, en consecuencia, se prescindirá de ellas al resolver este asunto”.

“El tribunal comparte el criterio de esa defensa en el sentido de que los artículos 2314 y siguientes del Código Civil sólo rigen las relaciones patrimoniales del Derecho Privado entre el responsable de un delito o cuasidelito civil o penal y la persona que sufre el daño;

“35. Que, sin embargo, no puede aceptar la pretensión de esa misma defensa, de que deba liberarse al Fisco de Chile de toda responsabilidad por los daños que hubieren ocasionado los reos de la causa, fundándose en que no existiría ninguna disposición legal que la establezca”.

“Desde luego, debe recordarse que el artículo 6º de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 somete la acción de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; agrega que los preceptos de esta Ley Fundamental obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo, y prescribe que la infracción a esta norma ‘generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley’”.

“El artículo 5º de la misma Constitución dispone que la soberanía, que además del pueblo la ejercitan las autoridades que ella establece, reconoce como limitación ‘el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’, entre los cuales, obviamente, aparece como el más importante el derecho a la vida”.

“El artículo 7º de la misma Carta establece que ninguna magistratura, ninguna persona o grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido, añadiendo que todo acto en contravención a este artículo es nulo ‘y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señala’”.

“Por su parte, el inciso segundo del artículo 38 de dicha Constitución dispone que cualquier persona que sea le-

sionada en sus derechos por la Administración del Estado o de sus organismos, podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

“Consecuente con esta norma, el inciso segundo del artículo 67 de la ley orgánica de la Contraloría General de la República faculta al Contralor para ordenar que se descuenta de las remuneraciones de los funcionarios las sumas que el Fisco u otra institución deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, ‘cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por los actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas’”;

“36. Que, como puede observarse, todas estas normas demuestran que los organismos del Estado y, por ende, sus autoridades y agentes, deben enmarcar su acción dentro de la Constitución y de la ley, sin que puedan atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido. Deben respetar, además, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y no pueden lesionar los derechos que la ley acuerda a los particulares”.

“Si así no lo hacen, incurren en la responsabilidad y sanciones que la propia ley señala y, en tal caso, el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución, ya citado, reconoce a los ofendidos el derecho para reclamar de esta lesión ante los tribunales contencioso-administrativos. Este reclamo, naturalmente, comprende el resarcimiento del daño producido, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda contraer el agente o autoridad que ejecutó el acto frente al Estado y por cuya causa ha debido responder en virtud de una sentencia judicial”;

“37. Que en abono de las conclusiones anteriores, parece útil citar a don Arturo Alessandri Rodríguez, cuando expresa ‘que si el daño ha sido causado por un funcionario o empleado público o municipal en el ejercicio de sus funciones, el artículo 2320 del Código Civil no tiene aplicación’ y agrega que lo anterior no obsta, por cierto, para que

el Estado o la Municipalidad ‘sean responsables con arreglo al derecho público, si se admite, como no puede menos de admitirse, la responsabilidad de esas entidades por los daños que causen sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones’”. Obra: “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, Santiago, 1943, pág. 314.

“En el mismo sentido se pronuncia el profesor de Magister de Derecho Administrativo Hugo Caldera Delgado, quien manifiesta que la ‘fundamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de disposiciones del Derecho Privado es algo verdaderamente injustificable, en consideración a que el Fisco se rige por un sistema normativo propio, contenido en la Constitución Política del Estado, en leyes orgánicas de los servicios públicos, en la Ley Nº 10.336, orgánica de la Contraloría General de la República y, fundamentalmente, en el Estatuto Administrativo’”. Obra: “Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980”. Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 155. Preciso es dejar constancia que el mismo autor ya habría cuidado de puntualizar en su misma obra, pág. 14, que la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra establecida en la Constitución actual y se caracteriza ‘por la norma que establece, como principio general, que todo daño causado a un administrado o persona por la acción u omisión de la Administración del Estado, por sus organismos o por las Municipalidades es indemnizable’”.

Creemos que en realidad el tema de la responsabilidad del Estado por gestión administrativa va mucho más allá que la factibilidad de aplicación del artículo 44. Dicho precepto contempla una causal de responsabilidad que no es excluyente de otras situaciones.

Desde el punto del Derecho Público esta responsabilidad puede apoyarse, según los casos, en los siguientes preceptos y principios:

1. Artículo 19 de la Constitución Política, en cuanto consagra el pleno res-

peto de los derechos que dicho texto establece;

2. Artículo 4º de la Constitución Política que reconoce que Chile es una república democrática, lo que conlleva necesariamente la idea de responsabilidad;

3. Artículo 5º de la Constitución Política que dispone que la soberanía se encuentra limitada por los derechos esenciales;

4. Artículo 6º de la misma Constitución que establece el principio de la legalidad, base misma del Estado de Derecho;

5. Artículo 7º de la Constitución Política que consagra el principio de la competencia.

El artículo 161 del Estatuto Administrativo que hace radicar toda la responsabilidad en el agente que asume la representación del Estado cuando en realidad no la tiene, debe interpretarse restrictivamente y en la medida que no sea violatorio de claros preceptos constitucionales;

6. Todas las normas sobre derechos constitucionales previstos en el artículo 19, en cuanto correspondiere a la naturaleza del derecho amagado;

7. Específicamente el artículo 19, Nº 20º, por cuanto allí se contempla la garantía de la "igual repartición de las demás cargas públicas";

8. El mismo artículo 19, Nº 24º, en lo relativo al amplio reconocimiento que se hace del derecho de propiedad, no admitiéndose otras causales de privación y limitación que las allí consignadas, lo que no ocurriría si se admiten lesiones injustas al patrimonio sin derecho a indemnización;

9. El artículo 38, inciso 2º, que consulta en forma implícita la responsabilidad del Estado al consagrar la justicia contencioso-administrativa;

10. Artículo 73, inciso 2º, que dispone que los tribunales no pueden excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda;

11. Los principios generales del Derecho que inspiran nuestro ordenamiento jurídico;

12. El artículo 67, inciso 2º de la Ley Nº 10.338, Orgánica de la Contraloría General de la República, que regula el derecho de repetición sobre la base implícita de una amplia responsabilidad del Estado. Allí se establece lo siguiente: "Asimismo, el Contralor podrá ordenar que se descuenten, en las condiciones ya indicadas, de las remuneraciones de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior (todos los que pertenecen a los organismos fiscalizados por la Contraloría General), las sumas que el Fisco u otra institución estatal deba pagar a terceros en virtud de sentencia judicial, cuando se haga efectiva la responsabilidad civil por actos realizados en el ejercicio de las funciones respectivas".

13. Como corolario de todo lo anterior, no puede olvidarse muy fundamentalmente el artículo 4º de la Ley Nº 18.575, pues consagra sin restricciones la responsabilidad civil por el ejercicio de la función administrativa.

Dentro de ese contexto, el artículo 44 tipifica una causal específica de responsabilidad, no excluyente y que hay que entenderlo inserta dentro del sistema general contemplado en el artículo 4º.

5) *Responsabilidad por aplicación de las normas del Código Civil.* Es evidente, a nuestro juicio, que nuestro ordenamiento de derecho público contiene elementos más que suficientes como para justificar la responsabilidad del Estado por su gestión administrativa.

En estas circunstancias no se justifica invocar reglas de Código Civil para cumplir el mismo objetivo.

Si existiera alguna duda al respecto ella ha sido disipada definitivamente por la Ley Nº 18.575, cuya denominación y ámbito no pueden ignorarse: "Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado".

Sin embargo, las reglas del Código Civil no son contradictorias con las normas de Derecho Público en relación con ciertas acciones u omisiones dolosas o culposas de agentes de la Administración del Estado que causen daños a particulares, especialmente tratándose de gestiones empresariales de índole estatal (artículo 2320 del Código Civil).