

NON BIS IN ÍDEM: TENDENCIAS ACTUALES EN MATERIA DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Rosa Fernanda Gómez González¹

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la aplicación del *non bis in ídem* en materia de sanciones administrativas. Si bien su reconocimiento en este ámbito no admite discusión, es posible advertir una limitada y escasa aplicación práctica. Bajo tal contexto, este trabajo analiza algunos fallos recientes sobre materia, con el objeto de determinar cuáles son las principales problemáticas que presenta la aplicación efectiva del principio.

1. Aspectos generales²

Este principio procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente³, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos.⁴

1 Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actualmente es investigadora y profesora del Departamento de Derecho Público PUCV. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT Postdoctoral N° 3190494 “Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución”.

2 Para la elaboración de este trabajo, se ha tenido presente la publicación Gómez, Rosa Fernanda, El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, pp. 101-138, la cual ha sido actualizada fundamentalmente a partir de fuentes normativas, dogmáticas y jurisprudenciales.

3 Bustos, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal. Parte General* (2° edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), 2007, I, p. 370.

4 Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General* (3° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1997, p. 108.

Su objeto es evitar que se realice una persecución abusiva por parte del Estado en contra de los sujetos que hubiesen cometido delito⁵, sea que por un mismo delito se pretenda imponer dos penas, que una misma agravante sea apreciada en más de una ocasión o que un mismo hecho se pueda sancionar a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa⁶. Si en la práctica dos o más preceptos configuran una posible infracción al principio, la autoridad deberá aplicar uno de ellos, pero no todos.⁷

Tradicionalmente, el principio puede ser analizado desde dos perspectivas⁸. Una de carácter material o sustantiva, conforme a la cual se impide imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento (proscripción de punición múltiple) y, la otra, de orden procesal, a través de la cual se prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria, es el efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de juzgamiento múltiple).⁹

Tratándose de sanciones administrativas, existen casos en que una conducta puede configurar un ilícito penal y además una sanción administrativa, en cuyo caso será necesario determinar su fundamento para efectos de aplicar o descartar el principio *non bis in ídem*. También, puede resultar que una misma conducta origine ilícitos infraccionales previstos en distintos cuerpos normativos especiales (v. gr. medio ambiente, sanitario,

5 Balmaceda, Gustavo, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Librotecnia), 2014, p. 25.

6 Garcías Planas, Gabriel, *Consecuencias del principio «non bis in ídem» en Derecho Penal*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 42, 1989, pp. 109-124.

7 Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* (7° edición, B de la F Editores, Buenos Aires), 2005, pp. 51 y 651.

8 Para Mañalich el *ne bis in ídem* -como lo denomina- no puede ser entendido como “un único principio”, sino que tiene que ser reconstruido como una conjunción de dos estándares: uno sustantivo entendido como la prohibición de punición múltiple y, otro, procesal que implica la prohibición de juzgamiento múltiple. Para el autor, ambos estándares son susceptibles de ser diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas, en Mañalich, Juan Pablo, “El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Política Criminal*, 9, 2014, 18, p. 547.

9 El Tribunal Constitucional ha señalado que implica una restricción de carácter procesal y una restricción de naturaleza material o sustantiva, que, en principio, vinculan al sentenciador. Como estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho, restricción que se identifica con la institución de la cosa juzgada material o la litispendencia. Como estándar sustantivo de adjudicación, se vincula a aquellos casos en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo (concurso de delitos), estándar que obliga al juez, porque la premisa ideológica que subyace a la aplicación del principio en su modalidad de prohibición es la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, en STC Rol N° 2.254, cc. 37°, 38° y 39°.

saneamiento, etc.), por lo que se pueden originar distintos procedimientos administrativos sancionatorios a cargo de diversos órganos de la Administración, caso en el que, verificada la unidad conductual, el fundamento jurídico de la normativa especial será determinante para establecer si existe vulneración al principio. Finalmente, una conducta puede configurar dos hipótesis infraccionales previstas en el mismo cuerpo normativo, razón por la que, en un solo procedimiento administrativo, la autoridad debe examinar si, efectivamente, se lesiona el principio por ser un único hecho el que se debería sancionar dos veces de aplicarse cada uno de los preceptos que se dicen infringidos.¹⁰

En todos estos supuestos, no basta la unidad de la conducta para aplicar el principio, sino que se debe atender al fin de la norma, que indudablemente se relaciona con el bien jurídico tutelado.¹¹

Sin perjuicio de la denominación que se le otorgue¹², existe consenso en que la prohibición es un “principio” de carácter amplio y sentido abstracto que se desprende del ordenamiento jurídico y que es relevante para la legitimidad del sistema jurídico y del Estado de Derecho¹³, constituyendo una poderosa garantía contra los abusos del poder estatal sobre los particulares.¹⁴

Si bien no existe un consenso respecto de cuál sería su fundamento, es posible señalar que éste descansaría en múltiples instituciones como la *cosa juzgada*¹⁵,

10 SCS Rol N° 22.970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10°.

11 SCS Rol N° 22.970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 11°.

12 Tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren indistintamente al *non bis in idem* como derecho, garantía, regla o principio, y en ocasiones, se ha llegado inclusive a hacer sinónimas estas terminologías.

13 García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo (16° edición, Madrid, Civitas), 2020, I, p. 107.

14 Sanz (2008), p. 3.

15 Cordero, Eduardo, Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, La Ley), 2014, p. 264. En el ámbito comparado, Cano señala que el fundamento de la cosa juzgada material (de su efecto negativo o preclusivo) es el *non bis in idem*, y no al contrario. La cosa juzgada es un instrumento procesal que garantiza la prohibición, sin que quepa una identificación absoluta entre ambas instituciones, pues ni la cosa juzgada es el único instrumento de garantía de dicha prohibición ni aquella persigue únicamente garantizar la referida prohibición, Cano, Tomás, Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador, en Revista de Administración Pública 156, 2001, pp. 201-202. Por su parte, Nieto rechaza el sustento del principio en la institución de la cosa juzgada, sosteniendo que para efectos del Derecho administrativo sancionador es preciso elaborar una doctrina propia sustentada en las figuras concursales y sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas, en Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador (5° edición, Tecnos, Madrid), 2012, pp. 434-435.

la *litispendencia* (vertiente procesal), la *seguridad jurídica*¹⁶, la *proporcionalidad*¹⁷, entre otros.¹⁸

2. Regulación del principio en nuestro ordenamiento jurídico

2.1. El reconocimiento del non bis in ídem a nivel constitucional

Si bien el principio no está consagrado expresamente en la Constitución, no se discute su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁹

Al efecto, el Tribunal ha señalado que el *non bis in ídem* se encuentra implícito en diversas disposiciones constitucionales, además, se trata de un principio esencial de todo ordenamiento democrático²⁰, el cual supone que nadie puede ser juzgado y/o sancionado dos veces por un mismo hecho y fundamento²¹, constituyendo una doble restricción para el sentenciador: una de carácter procesal y otra de naturaleza material o sustantiva.²²

16 Resulta contrario a toda lógica que si un asunto fue discutido (en una instancia jurisdiccional o administrativa), sea nuevamente reabierto, manteniendo al particular en una incertidumbre que ningún Estado de Derecho moderno resiste ni debiera tolerar, Gómez, Rosa Fernanda (2017): “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), p. 106.

17 La proporcionalidad exige una retribución adecuada entre la gravedad del ilícito imputado y la sanción aplicada, no una “sobre-reacción” del ordenamiento jurídico que atente contra este equilibrio. La proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación con el ilícito, incurriendo, por consiguiente, en arbitrariedades, Gómez, Rosa Fernanda (2017): “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), p. 106.

18 Sobre los diversos fundamentos del principio véase el trabajo elaborado por Lucía Alarcón Sotomayor, quien ha efectuado una sistematización conforme a los autores que sostienen cada uno de ellos. Así, García de Enterría y Suay Rincón lo sustentan en el principio de *legalidad*; De León, Del Rey y Alonso Más en la *cosa juzgada*; Cano, Garberí y Navarro en la *proporcionalidad*; Muñoz Lorente en la *seguridad jurídica* y Arroyo Zapatero en la *no arbitrariedad*, en Alarcón Sotomayor, Lucía, Principio non bis in ídem, en Lozano Cutanda, Blanca, *Diccionario de Sanciones Administrativas* (Madrid, Iustel), 2010, pp. 762 y ss.

19 Sobre el principio Navarro indica que “[...] no aparece consagrado, en forma explícita, en la Carta Fundamental, como tampoco aparece mencionado, de manera desarrollada, el principio del debido proceso legal”, Navarro, Enrique, La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Arancibia, Jaime – Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 31. No obstante, hay quienes denuncia la falta de una regulación explícita, v. gr. Ossandón Widow, María Magdalena, “El principio ne bis in ídem en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87, nota 2.

20 STC Roles N° 2.045 y N° 2.236, cc. 4.°, sobre acumulación de infracciones de tránsito, entre otras. Sin embargo, al respecto no existe una jurisprudencia uniforme.

21 STC Roles N°s. 2.045; 2.402 y 2.403.

22 STC Roles N°s. 2.108 y 2.236, entre otras.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que el *non bis in ídem*, es aquel principio con arreglo al cual una persona no puede ser encartada, condenada ni sancionada dos veces por un mismo hecho. Se trata de una garantía individual, cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución. El referido principio busca evitar que una misma circunstancia o aspecto del hecho o de los hechos objeto de juzgamiento tengan relevancia bajo más de una descripción, y se contravenga así la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho.²³

En cuanto a su fundamento constitucional el Tribunal Constitucional “[...] deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como se ha dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia”.²⁴

En definitiva, para el Tribunal Constitucional, “[...] la prohibición de *bis in ídem* o doble sanción se expresa en la imposibilidad que pesa sobre el órgano administrativo de sancionar dos o más veces, la misma conducta, respecto del mismo sujeto y por iguales fundamentos. Esta triple identidad funciona como salvaguarda de los intereses y derechos del sancionado, el cual puede tener la certeza de que, frente a una determinada infracción, la administración no puede abusar de sus facultades aplicando más de una medida como respuesta punitiva.”²⁵

Desde la perspectiva sustantiva, el *non bis in ídem* se encuentra implícito en los principios de legalidad (artículo 6°) y de tipicidad (artículo 19 N° 3 inciso final), los cuales establecen los límites que deben observar las autoridades administrativas en el ejercicio del *ius puniendi*.²⁶ Asimismo, se encontraría

23 SCS Roles N° 5.493-2013; 58.862-2016; 31.578-2018 y 21.054-2020.

24 STC Roles N°s. 2.045 y 2.254, cc. 4.°, a propósito de la inconstitucionalidad de la norma que dispone la suspensión de la licencia de conducir por acumulación de infracciones. Posteriormente en STC Rol N° 8484, c. 6°.

25 STC Rol N° 8484, c. 7°.

26 En este sentido también se puede ver la SCS Rol N° 22.970-2019 “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10°.

estrictamente vinculado al principio de proporcionalidad (artículo 19 N° 3, inciso 8°), por cuanto demanda el establecimiento y aplicación racional de las medidas sancionadoras, proscribiendo su duplicidad.

Por ello, el *non bis in ídem* tendría como destinatarios, por una parte, al legislador para que este evite, al momento de determinar las infracciones y sus sanciones, establecer que una persona sea doblemente sancionada²⁷ y, por la otra, a la autoridad llamada a aplicar la sanción, dado que ésta deberá impedir que una persona ya juzgada, absuelta o condenada, en su caso, vuelva a ser investigada y juzgada por la misma conducta.²⁸

En el plano procedimental su fundamento descansaría en las normas que garantizan el debido proceso (artículo 19 N° 3 CPR)²⁹, puesto que el constituyente señaló que los principios allí contenidos debían aplicarse respecto de todo órgano que imponga penas o sanciones³⁰. Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución cuando se indica que “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”, precepto que busca proteger a toda persona de una nueva sanción por un hecho que ya fue objeto de castigo.

Por último, el *non bis in ídem* ha sido recogido en los artículos 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³¹, y 8° N° 4 de la

27 Cordero, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, La Ley), 2014, p. 265. Asimismo, el Tribunal Constitucional, STC Rol N° 2.236, c. 14.°, ha manifestado que el principio “[...] vincula al legislador al prohibirle establecer penas crueles, inhumanas o degradantes, abriéndole un campo material y formal de decisión bastante amplio para definir, determinar y disponer comportamientos valorados negativamente y el establecimiento de penas proporcionales asociadas a dichos comportamientos, mientras no excedan ese baremo y mientras los sentenciadores dispongan de los mecanismos para evitar que una persona se vea doblemente sancionada y/o juzgada por el (los) mismo(s) fundamento(s) y hecho(s). En este sentido, la libertad reconocida al legislador, dentro de esos parámetros, es vasta y debe presumirse”. Con todo, autores como Mañalich sostienen que “[...] la prohibición de punición múltiple sólo puede resultar vinculante para el adjudicador, mas no para el legislador”, Mañalich (2014), p. 549.

28 Véase la STC Rol N° 1968, en particular el c. 39°.

29 Vid. SCS Rol N° 22.970-2019 “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10°.

30 Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 113, celebrada el jueves 10 de abril de 1975, [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf, última visita el 12 de enero de 2017].

31 Este precepto señala que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. El tratado fue promulgado por Chile mediante Decreto N° 778, de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969³², pactos que gozan de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico por aplicación de inciso 2 del artículo 5° de la Constitución. Al efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio –en su faz procesal– forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.³³

En definitiva, el principio cuenta con un amplio reconocimiento constitucional a partir de la interpretación de diversas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental y en diversos tratados internacionales.

2.2. Regulación a nivel legal

Si bien no existe una regulación general del *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador³⁴, existen algunas normas sectoriales que lo regulan.

Por ejemplo, los artículos 59 y 60 inciso 2° de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. El primer precepto regula la vertiente procedimental del principio³⁵, en tanto, el segundo, la sustantiva o material.

Por su parte, existen disposiciones, como ocurre en el orden disciplinario de los funcionarios públicos, que excluyen categóricamente su procedencia, permitiendo imponer diversas consecuencias jurídicas a un mismo sujeto por los mismos hechos, justificado en la existencia de múltiples responsabilidades, lo que en definitiva se traduce en una diversidad de fundamentos jurídicos.³⁶

Ahora bien, aun cuando el legislador goza de discrecionalidad para determinar si una acción u omisión será sancionada vía administrativa o penal o,

32 “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Fue promulgado en Chile mediante Decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y se publicó en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

33 En este sentido resulta interesante el análisis que Camacho (2010) IV, p. 226, efectúa sobre “el reconocimiento del principio”. Asimismo, véase las STC Roles N°s. 1.968, c. 41° y 2.236, c. 16°.

34 El artículo 12 del proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionadores de 2004 (Boletín N° 3475-06), establecía que “No podrá aplicarse sanción alguna por hechos que hayan sido previamente sancionados penal o administrativamente, cuando se acredite la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

35 Vid. casos Compañía Minera TECK A001-2013 y Aeródromo de Codegua D-027-2014.

36 V. gr. artículos 120 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y 119 de la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.

en su caso, disponer la doble persecución o compatibilidad de sanciones³⁷, se espera que en el establecimiento de medidas coercitivas, se consideren los presupuestos básicos tanto del principio de *non bis in ídem* como del de proporcionalidad, incorporando elementos que permitan diferenciar sustancialmente la doble persecución y sanción³⁸, respetando las garantías constitucionales establecidas a favor de las personas (lo que ciertamente incluye a los infractores).

De tal modo, el legislador mediante el empleo de una adecuada técnica legislativa puede estimar proporcional que para un mismo hecho se apliquen dos o más sanciones sin renunciar a los objetivos de política punitiva³⁹. Ello sería permisible en la medida que se aseguren ciertas garantías, como que las medidas sean decretadas en un mismo momento (sea por un órgano judicial o administrativo), de modo que el sujeto pueda enfrentar en una sola instancia (psicológica y financieramente) la proyección del poder punitivo estatal y desplegar sus herramientas de defensa y probatorias tendientes a desvirtuar las acusaciones de que es objeto y, una vez sancionado, cumplir en una misma oportunidad las medidas coercitivas impuestas, estrategia que por lo demás resulta conveniente para los intereses del Estado desde la perspectiva de la gestión de los recursos, la eficacia, eficiencia y economía procedimental.

En definitiva, el legislador es la primera autoridad obligada a respetar el principio. Enseguida, frente a la existencia o superposición de diversas normas sancionadoras o procedimientos represivos, serán las autoridades llamadas a resolver el caso en concreto, quiénes deberán velar por el respeto y la efectiva operatividad del principio, lo que consecuentemente importará una revisión de proporcionalidad.

2.3. El concepto del *non bis in ídem* en la doctrina nacional

Para la doctrina penal el *non bis in ídem* obedece a una “[...] interpretación lógica, pues, como la ley ha de ser estricta (principio de certeza y taxatividad),

37 A nivel comparado, el artículo 4° N° 2, de la Ley de Procedimiento Sancionador del País Vasco establece un mandato específico al legislador al señalar que “En la configuración de los regímenes sancionadores se evitará la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento que delitos o faltas ya establecidas en las leyes penales o que infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

38 Cano, Tomás, *Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador, en *Revista de Administración Pública* 156, 2001, p. 194.

39 Huergo, Alejandro, *Las sanciones administrativas* (Madrid, Iustel), 2007, p. 438. En este supuesto, el Estado puede estimar que pese a la posibilidad de aplicar una sanción sería perfectamente posible imponer una segunda medida sin que ello sea desproporcionado.

necesariamente no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.”⁴⁰. De esta manera, en principio, no sería admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción administrativa y una pena criminal⁴¹. Para ello, el legislador debiera evitar superposiciones normativas disponiendo específicamente los ilícitos que serán exclusivamente sancionados con una pena penal⁴². Con ello, se busca reconocer a este principio como una garantía propia de todo ordenamiento penal democrático, respetuoso de la dignidad personal y de los derechos que emanan de la naturaleza humana.⁴³

Por su parte, en el orden administrativo, es preciso efectuar ciertas precisiones. Si bien la doctrina y la jurisprudencia no discuten su aplicación, cabe destacar que ésta se produce por “regla general”. En efecto, se trata de un principio que, a diferencia de los demás principios extrapolables a este ámbito, no admite matizaciones o adecuaciones, esto es, o se aplica o no se aplica, sin dar cabida a categorías intermedias. En este sentido, cabe recordar que en la primera sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional sobre sanciones administrativas (STC Rol N° 244-1996), indicó que los principios penales contemplados en la Constitución “[...] han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador”, dado su común origen, conforme a lo cual, existirían principios que en algunos supuestos no resultarían aplicables, como el derecho a un juez natural⁴⁴ o sólo lo serían en algunas circunstancias, dadas las singulares características del sistema represivo administrativo, siendo el *non bis in ídem* uno de ellos.

40 Bustos, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal. Parte General* (2° edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago), 2007, I, p. 383.

41 Cury, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* (7° edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 2005, p. 110.

42 Para Hernández esta delimitación enfrenta facultades técnicas difícilmente superables, asociadas además al riesgo de generar lagunas indebidas. Agrega que, por el contrario, existen buenas razones para que el legislador prevea al mismo tiempo una sanción administrativa y una penal para un supuesto en principio idéntico, en Hernández, Héctor, *Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal*, en Arancibia, Jaime – Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 568.

43 Ossandón Widow, María Magdalena, “El principio ne bis in ídem en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87.

44 Lo cual se ve compensado con el control judicial posterior del acto que aplica la sanción respectiva. Además, cabe precisar que las últimas leyes sancionadoras administrativas separan, dentro de la propia Administración, las facultades de fiscalización y sanción, en unidades o departamentos distintos, con el objeto de entregar más garantías a los sujetos regulados.

En cuanto a su fundamento, estaría estrechamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad⁴⁵, prohibiendo que alguien pueda ser condenado dos veces por un mismo hecho y fundamento jurídico. Se trata de un principio que busca limitar el *ius puniendi* del Estado, llegando inclusive a constituir, para algunos, un principio general de Derecho (aplicable a diversos ámbitos) de carácter esencial, que procura tutelar la dignidad humana. Además, el ordenamiento jurídico debe dar a cada uno lo que proporcionalmente le corresponde, por lo que una multiplicidad de procedimientos y sanciones afectaría la idea de “justicia” que persigue el Derecho.⁴⁶

De esta manera, se trata de un principio que, tanto para el ámbito penal como administrativo sancionador, presenta un mismo contenido y características, teniendo una aplicación por regla general en este último sistema jurídico. No obstante, y pese a su modesta y sencilla formulación, es un principio que encierra un conjunto de singularidades que demandan un complejo análisis de los supuestos en que puede (y debiera) concurrir.

3. Análisis jurisprudencial del principio y sus problemáticas prácticas en el ámbito administrativo sancionador

Como se ha señalado, el principio prohíbe la aplicación de dos o más sanciones, en uno o más órdenes punitivos, si concurre identidad de sujeto, hecho y fundamento. Junto con ello, el principio presenta un doble carácter: desde una perspectiva material, impide la pluralidad de medidas y, desde el ámbito procesal, proscribire la tramitación de procedimientos coetáneos o sucesivos. Con todo, cabe precisar en qué supuestos se estará ante lo mismo⁴⁷ y en qué casos se puede producir una infracción a la vertiente procedimental del principio.

A continuación, se revisará algunas de las problemáticas más relevantes que se han planteado en el último tiempo respecto de la aplicación del principio, a partir de una revisión de diversos pronunciamientos

45 Cordero, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, La Ley), 2014, p. 264; Camacho, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo, La actividad sustancial de la Administración del Estado* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing), IV, 2010, p. 227; Vergara, Alejandro, “Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 11, 2, 2004, pp. 143 y 144, entre otros.

46 Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (5° edición, Tecnos, Madrid), 2012, p. 433.

47 Rebollo, Manuel; Izquierdo, Manuel; Alarcón, Lucía y Bueno, Antonio, *Derecho Administrativo Sancionador* (Valladolid, Lex Nova), 2010, p. 363. Al respecto, el Tribunal Constitucional español señaló en su sentencia 2/1981, de 30 de enero, que ocurre “lo mismo” cuando se pretende castigar por segunda vez al mismo sujeto, por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico.

jurisprudenciales, ello con el objeto de extraer algunos criterios y/o reglas relativas a su aplicación.

3.1. Sobre la preferencia de regímenes sancionadores: concurrencia de un proceso penal y de un procedimiento administrativo

Constituye una vulneración al principio la circunstancia de que una misma persona por un mismo hecho y fundamento jurídico, fuese objeto de una sanción en un procedimiento administrativo y en uno penal de forma paralela o sucesiva.⁴⁸

De este modo, desde una perspectiva procedimental, el principio consiste en la imposibilidad de llevar a cabo procesamientos múltiples, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, por el o los hechos, por los sujetos y fundamentos sobre los que ha recaído sentencia ejecutoriada absolutoria o condenatoria, cesación del procedimiento o resolución de preclusión de la investigación.

En definitiva, esta vertiente impide un nuevo procedimiento con base en el mismo hecho, cuando existe una sentencia o resolución firme (excepción de cosa juzgada), o cuando el hecho está siendo objeto de un proceso en desarrollo (litispendencia)⁴⁹. En otras palabras, el Estado tendría una oportunidad para perseguir y sancionar al sujeto infractor, la cual una vez ejercida ya no podría reiterarse posteriormente aún cuando se invoquen defectos técnicos o una perspectiva jurídica diferente para abordar el caso. Ahora bien, esta perspectiva de la prohibición puede dar lugar a diversas situaciones.

3.1.1. Sobre la concurrencia de un proceso penal previo

Como remedio a esta problemática, y con el objeto de evitar una doble incriminación y eventuales pronunciamientos contradictorios, la doctrina comparada postula la preeminencia del orden penal por sobre el administrativo en base a diversos argumentos: a) el principio de control jurisdiccional de la actividad administrativa; b) la imposibilidad de que la Administración lleve a cabo procedimientos sancionadores cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito, y c) la vinculación de las actuaciones en la instancia jurisdiccional respecto de la actividad de la Administración.⁵⁰

48 Garrido, Mario, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 86.

49 Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (3a edición, Santiago, Librotecnia), II, 2013, p. 412.

50 Garberí, José, "Principio non bis in ídem y cuestiones de prejudicialidad", en Cuadernos de Derecho Judicial II, Tomo XI, 1997, p. 93.

De conformidad con lo anterior, la doble sanción atenta contra el principio *non bis in ídem*. De este modo, si en el proceso penal se dicta sentencia condenatoria la Administración no podrá tramitar o reanudar un procedimiento administrativo ni imponer una sanción por los mismos hechos ya castigados penalmente. Lo mismo acontece si la sentencia penal declara la inexistencia de los hechos o la falta de participación en ellos del imputado⁵¹, en los cuales el proceso penal concluye con la absolución del imputado.

Sin embargo, en los casos de absolución penal habrá que tener en especial consideración las razones que la fundan para determinar si el infractor podría ser perseguido y sancionado administrativamente. En particular, cabe determinar la incidencia que en sede administrativa tendrían los hechos probados en la instancia penal. Así, si el tribunal: a) declara la inexistencia los hechos o la falta de participación del acusado, sería cuestionable que la Administración impusiera una sanción posterior; b) declara la existencia de los hechos, pero absuelve por otros motivos (p. ej. concurrencia de una causal de justificación o porque el hecho no era constitutivo de delito), en cuyo caso la Administración podría tenerlos en cuenta y valorarlos desde la perspectiva de los ilícitos administrativos; y c) constata que los hechos no se han probado, la Administración podría acreditarlos en el procedimiento administrativo.⁵²

Por su parte, en nuestro ordenamiento cabría resolver si la decisión de no perseverar en el procedimiento, la aplicación del principio de oportunidad o la procedencia de una salida alternativa, permiten que la Administración pueda iniciar un procedimiento sancionatorio. En principio, la respuesta sería afirmativa, dado que ninguna de dichas hipótesis produce cosa juzgada en sentido estricto.⁵³

En definitiva, todas estas hipótesis ponen de manifiesto el relativo valor jurídico y la compleja aplicación del principio.

No obstante, dicha preeminencia no se encuentra regulada en nuestro sistema jurídico, lo que abre la discusión en cuanto a la compatibilidad de una sanción penal y una administrativa.

Al efecto, nuestra Corte Suprema ha sostenido que existen casos en que una conducta puede configurar un ilícito penal y además una sanción

51 Cano, Tomás, *Sanciones Administrativas* (Madrid, Lefevre), 2018, p. 65.

52 Gómez, Rosa Fernanda, “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, pp. 118-119.

53 Gómez, Rosa Fernanda, “El non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, p. 119.

administrativa. En dicho supuesto es necesario analizar si la norma contempla expresamente la compatibilidad de sanciones, si ello no está señalado, se debe determinar si la sanción penal y la administrativa tienen el mismo fundamento para efectos de aplicar o descartar el principio *non bis in ídem*.⁵⁴

En relación con el primer supuesto, de la revisión de nuestro ordenamiento jurídico es posible advertir que el legislador ha establecido diversas formas de concurrencia de la acción penal y administrativa. En algunos casos, ha precisado que los ilícitos podrán dar lugar a sanciones penales y administrativas, haciendo compatibles ambos tipos de acciones de manera paralela o sucesiva⁵⁵; entregando en algunas ocasiones a la Administración la exclusividad de la acción penal, de modo que puede elegir perseguir la responsabilidad del infractor por la vía penal o administrativa.⁵⁶

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que en aquellos ámbitos en los cuales queda de manifiesto la voluntad legislativa de que la eventual aplicación de las sanciones penales que correspondan no impide la aplicación de las sanciones administrativas que pueda imponer el órgano administrativo, es posible descartar la infracción al principio *non bis in ídem*, tanto en su faz adjetiva como sustantiva.⁵⁷

A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha señalado, respecto de los ilícitos penales y administrativos en materia de mercado financiero, en donde existe una expresa compatibilidad legal de sanciones, que:

“[...] la sola existencia de un proceso penal en que se investigan los mismos hechos que originan la responsabilidad administrativa no impide la aplicación de sanciones en esta sede, resulta relevante señalar que, en la especie, se verifica la existencia de bienes jurídicos protegidos distintos, toda vez que el delito de estafa y apropiación

54 SCS Rol N° 22.970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, cc. 10° y ss.

55 V. gr. los ilícitos regulados en los artículos 59 y 60 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; los delitos penales establecidos en el DL N° 211 (art. 30 inciso final); los ilícitos vinculados con la extracción ilegal de aguas y duplicidad de título de propiedad del derecho (artículos 459, 40 y 460 bis del Código Penal en relación con el artículo 173 del Código de Aguas), entre otros.

56 Así, en materia tributaria el artículo 162 inciso 3° del Código establece que “Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo [...]”. En tanto, en el ámbito aduanero el artículo 189 de la Ordenanza establece que “Las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana.”. Por su parte el artículo 39 bis inciso 7° del DL N° 211 establece que “Las investigaciones de los hechos constitutivos de dicho delito sólo serán iniciadas por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea aplicable, para estos efectos, lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.”.

57 SCS Rol N° 31.578.2019 “Mauricio Peña Merino con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 20°.

indebida el bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas que han sido víctimas del delito, en cambio en el caso de la infracción de los artículos 53 y 59 letra a) de la Ley N° 18.045, lo protegido es la estabilidad del mercado financiero.

[...] el fundamento que tuvo en vista el legislador, en el caso de las infracciones establecidas en la Ley N° 18.045, fue resguardar el mercado de capitales, para proteger y mejorar su transparencia, así como la disponibilidad, fluidez y credibilidad de la información que por ellos circula, que constituye la base de un mercado financiero.

El bien jurídico protegido, esto es la transparencia y fiabilidad de la información que entregan los operadores al mercado de valores, se vincula directamente con el fundamento disuasivo que tiene la sanción pecuniaria, toda vez que los altos montos contemplados en la legislación se relacionan estrechamente con el desincentivo para el resto de los operadores de incurrir en tales conductas, toda vez que una eventual ganancia económica obtenida en virtud de la conducta infraccional se neutraliza con multas elevadas que dan una clara señal al mercado, impidiendo que aquellos adopten conductas de riesgo con miras a eventuales ganancias ilícitas. El fundamento de la sanción penal es distinto, pues sólo tiene un carácter retributivo, tendiente a restablecer el equilibrio [sic] social, reprimiendo la conducta del sujeto que incurre en el hecho punible.

En razón de lo anterior, solo cabe desestimar las eventuales infracciones al principio del non bis in idem, pues resulta fehacientemente la fundada existencia de bienes jurídicos distintos en sendas imputaciones de carácter administrativo y penal.”

Al respecto, la Corte efectúa una clara distinción entre los bienes jurídicos tutelados: en sede penal lo es el patrimonio de las personas que han sido víctimas del delito, mientras que en el ámbito administrativo lo protegido es la estabilidad del mercado financiero.

Sin embargo, llama la atención los argumentos orientados a establecer diferencias cualitativas entre las sanciones penales y las administrativas a partir de la disuasión y retribución⁵⁸, por cuanto se trata de una discusión que aun

58 En otro fallo sobre materia financiera la Corte también ha procurado establecer diferencias entre la pena y la sanción. Al efecto, ha señalado que “Décimo Octavo: *Que, en esta materia, también se ha dicho que, si bien existen instituciones y principios comunes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, tales como el propio principio non bis in idem, la irretroactividad de la ley sancionadora, la culpabilidad, el principio pro reo y la necesidad de prescripción de la respectiva acción persecutoria, no es posible desentenderse de la imposibilidad jurídica que se advierte en asimilar la contravención administrativa a una falta penal, impedimento que surge de la naturaleza intrínseca del castigo, si se considera que la sanción penal presenta características suficientemente estudiadas por la doctrina, como son las de su moralidad, esto es, su fundamento ético; su aflictividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado; su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud penal de que se trate; su personalidad o individualidad; su igualdad, esto es, una misma conducta debe tener una idéntica sanción; su ejemplaridad, es decir, su potencialidad de intimidación; su publicidad, no sólo respecto del castigo, sino del justo proceso que a ella condujo; su certeza e ineludibilidad; su prontitud, en relación a su comisión; su revocabilidad para remediar una eventual injusti-*

en materia penal no se encuentra resuelta, y que en el ámbito del mercado financiero no resulta consistente con dicha regulación, por cuanto la compatibilidad de penas penales y sanciones administrativas genera, en su conjunto, un efecto disuasivo en la conducta.

Por su parte, cabe precisar que, en la especie, el infractor no fue condenado en sede penal por los delitos previstos en el aludido artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, sino por delitos diversos, a saber, estafa previsto y sancionado en el artículo 467 del Código Penal, y como autor del delito de apropiación indebida, regulado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, además del delito de invasión del giro bancario, de manera que el supuesto base sobre el que cabe analizar la aplicación del *non bis in ídem* no concurre.

Ahora bien, en los supuestos legales en los cuales se establece la plena compatibilidad de penas y sanciones, se puede inferir que el legislador estima que la protección al bien jurídico de que se trate solo se puede alcanzar a través de estas dos vías, sea que se establezca la responsabilidad del infractor o inculpa de manera paralela o sucesiva, resultando insuficiente la protección que cada uno de los sistemas de responsabilidad proporciona de manera aislada al bien jurídico de que se trata.

Esto permite explicar cómo en algunos casos conductas que no obstante disponer de una regulación sancionadora a nivel administrativo son posteriormente complementadas con una reacción penal (p. ej. protección de las aguas⁵⁹) o buscan serlo (p. ej. medio ambiente⁶⁰).

Sin embargo, esta técnica legislativa debe ser analizada con detenimiento, por cuanto la compatibilidad de regímenes sancionatorios no puede importar una sobreacción de parte del ordenamiento jurídico respecto de ciertas conductas, de modo que su atribución (legislativa) y ejercicio (juez u órgano administrativo) deben guardar una estricta observancia con el principio de proporcionalidad.

Por último, respecto de la oportunidad procesal para hacer presente la concurrencia del *non bis in ídem*, la Corte Suprema ha sostenido que la aplicación del principio, en caso de concurrencia previa de una pena, se debe alegar al

cia; su temporalidad y divisibilidad, para amoldarse a las características del hecho; condiciones, todas, que no necesariamente están presentes en la sanción administrativa, pero sí son aplicables a crímenes, simples delitos y faltas.”, sin embargo, estos elementos sí pueden estar presentes en materia de sanciones administrativas, de modo que no es posible sostener que se trata de aspectos inherentes o intrínsecos a las penas.

59 Véase modificación al Código de Aguas efectuada por la Ley N° 21.064.

60 Véase los diversos proyectos de ley cuyo objeto es tipificar y sancionar delitos contra con el medio ambiente.

momento deducir la reclamación judicial en contra del acto que impone la sanción administrativa, de modo que, su alegación posterior podría generar un vicio de ultrapetita.⁶¹

3.1.2. Sobre la concurrencia de un procedimiento administrativo previo

Sobre el particular, cabe determinar qué ocurriría en el caso que la sanción administrativa sea anterior a la penal. En este supuesto, la autoridad judicial podría:

a. *Declarar la nulidad de la resolución y de toda la actuación administrativa para realizar un juicio penal.* Sin embargo, en Chile no está establecida la potestad para que los jueces penales puedan declarar la nulidad de las sanciones administrativas; dicha atribución está entregada a los jueces civiles y a los tribunales superiores de justicia.⁶²

b. *Practicar una compensación,* esto es, descontar de la sanción penal el importe de la medida administrativa previamente impuesta o indagar qué parte del injusto penal se contempló en la sanción administrativa para luego aplicar la sanción penal en aquella parte que no fue considerada. A esta conclusión se puede llegar aun cuando no exista texto normativo que la contemple expresamente, a través la aplicación de los principios de proporcionalidad e *in dubio pro reo*, los cuales exigirían al juez penal considerar la sanción administrativa previa, sobre todo si se trata de medidas de similar naturaleza y finalidad y si se tiene presente el reproche afflictivo y los perjuicios económicos y personales que ha de soportar el imputado o acusado, en su caso.⁶³

c. *Invocar un criterio de temporalidad de la sanción.* Se trata de una aplicación radical del principio consistente en la imposibilidad jurídica de imponer una sanción penal posterior en la medida que concurra la referida triple identidad⁶⁴, dado que el Estado habría

61 Vid. SCS Rol N° 30.176-2017, "Pablo Alcalde con Superintendencia de Valores y Seguros", c. 10°.

62 Esta posibilidad sí está regulada en Alemania en el artículo 86 Ley de Contravenciones.

63 Gallardo, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, (Madrid, Iustel), 2008, p. 318.

64 Al efecto, emblemático resulta la sentencia Rol N° 177/1999, del Tribunal Constitucional español, en la cual se consideró válida la actuación administrativa y se impidió la actuación posterior de la jurisdicción penal, ya que ésa sería la única forma de garantizar la prohibición de doble sanción. En lo que interesa, el TC señaló que "[...] en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada

tomado la decisión de castigar el ilícito con una sanción administrativa, que se aplicó de forma más expedita atendidas las menores exigencias del proceso en el cual se tramitó, circunstancia que obedecería a una interpretación conforme a la Constitución⁶⁵. En este sentido, en un fallo de 1951 la Corte Suprema sostuvo que sí un órgano público impuso una sanción administrativa en uso de su competencia y conforme a sus potestades legales, resulta improcedente aplicar otra de carácter penal toda vez que la acción destinada a este efecto queda “agotada” a consecuencia del procedimiento administrativo que precedió a su ejercicio.⁶⁶

Para Matus esta última alternativa sería inadmisibles. Al efecto, el autor señala que ello quebrantaría el principio de exclusiva competencia de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento de los delitos, consagrando de facto la atribución a la Administración de un principio *sui generis* de oportunidad que dislocaría parámetros fundamentales de funcionamiento del Estado de Derecho, y podría poner en peligro la efectiva tutela de los bienes, para él “[...] *esta solución determinaría que la reacción jurídica al hecho careciese de proporcionalidad por defecto, puesto que la sanción administrativa no captaría el completo desvalor del ilícito*”⁶⁷. En esta misma línea, Hernández invoca la necesidad de una regulación legal que impida esta potencial consecuencia, puesto que su

reacción punitiva, la interdicción del bis in ídem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia por la Administración sancionadora de la legalidad aplicable”, de modo que “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento”. Ahora bien, el TC posteriormente ha sostenido el extremo opuesto (ej. sentencia Rol N° 152/2001).

- 65 Hernández, Héctor, *Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal*, en Arancibia, Jaime – Alarcón, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 570, sostiene que si esta tesis es correcta importaría que la autoridad encargada de imponer la sanción posterior, sea judicial o administrativa, debería: a) abstenerse de imponerla en virtud de una interpretación conforme con la Constitución que asumiera que la ley que prevé la sanción posterior contiene lo que él denomina “*un requisito negativo tácito de aplicación*”, esto es, que el hecho no haya sido previamente sancionado en otra sede, o b) someter el asunto a decisión del Tribunal Constitucional (sólo si se trata de un asunto ventilado en un órgano jurisdiccional, dado que si es uno administrativo no se dan los supuestos del artículo 93 N° 6 de la Constitución).
- 66 Sentencia Corte Suprema, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia XLVIII* (1951) 1 y 2, Secc. IV. Asimismo, véase la columna de opinión de Alcalde, Enrique, *Non bis in ídem y penas administrativas*, en *El Mercurio Legal*, 18 de junio de 2012.
- 67 Matus, Jean Pierre [Editor], *Derecho Penal del Medioambiente* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2004, pp. 159-160.

admisión echaría por la borda valoraciones subyacentes al establecimiento de tipos penales, añade que sí solo se ha de imponer *una* sanción, esta debe ser necesariamente la penal.⁶⁸

Recientemente el tema se ha discutido en relación con la compatibilidad de las sanciones aplicadas por la autoridad sanitaria y posteriormente por la judicatura penal. Al respecto, la situación no es del todo clara, sin embargo, cabe hacer presente que se encuentra en acuerdo ante el Tribunal Constitucional la dictación de un fallo que se pronuncia sobre la aplicación del principio de *non bis in ídem* en este ámbito.⁶⁹

3.2. La diversidad de fundamento como requisito esencial para la aplicación del principio

En términos simples, esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección. Por ello, la regulación de sanciones en preceptos diversos no importa *per se* la exclusión de esta identidad, ello por cuanto establecida la confluencia de dos o más disposiciones sancionadoras respecto de un mismo hecho y sujeto, será necesario determinar si el bien jurídico que ambas buscan resguardar queda en todo o en parte subsumido y/o garantizado por la otra disposición concurrente.

Por tanto, será nuevamente el juez o la Administración quienes tendrán que buscar, en los preceptos respectivos, el bien jurídico que se pretende proteger, de tal forma que si los bienes afectados son heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, en sus enunciados generales, no procederá la doble punición aunque las normas vulneradas sean distintas⁷⁰. Por lo demás, la antijuridicidad de un ilícito podría estar absorbida total o parcialmente en la respectiva pena o sanción en aquellos casos en que exista cierta concurrencia de intereses jurídicos, pese a que su protección en

68 Hernández, Héctor, Actividad Administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal, en Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo [Coord.], Sanciones Administrativas (Santiago, Legal Publishing), 2014, p. 570.

69 Causa Tribunal Constitucional Rol N° 9.373-2020.

70 Garberí, José, "Principio non bis in ídem y cuestiones de prejudicialidad", en Cuadernos de Derecho Judicial II, Tomo XI, 1997, p. 91. Este criterio fue recogido por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N° 9.729-2002, de 31 de marzo de 2008, "Fernando Mondaca Melet con Superintendencia de Valores y Seguros", c. 16°.

una y otra disposición no sean idénticamente análogas.⁷¹

En definitiva, el hecho de que las leyes dispongan que un mismo hecho u omisión respecto de un mismo sujeto, pueda ser calificado de infracción penal y administrativa o de dos o más infracciones administrativas, no comporta necesariamente la existencia de fundamentos diversos.

Sin embargo, una de las principales problemáticas que ha suscitado la aplicación del principio radica precisamente en determinar si estamos frente a la concurrencia de la identidad de fundamento, el cual no siempre es fácil de establecer y que puede repercutir en la exclusión del principio.⁷²

Para descartar la concurrencia de esta identidad, la Corte Suprema ha sostenido la diversidad de competencias entre los órganos públicos concurrentes y, consecuencialmente, en la diversidad de bienes jurídicos protegidos. Al efecto, ha señalado que “[...] *ambas autoridades proceden en resguardo y defensa de intereses y bienes jurídicos diversos. En un caso se trata de velar por la aplicación de las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, mientras que en el segundo la actuación de la autoridad obedece a un deber impuesto al Servicio Nacional de Salud en orden a velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes de la Nación en general, incluyendo entre los diversos sitios por cuyas condiciones de saneamiento y seguridad deberá preocuparse, además de ciudades, balnearios, campos y territorios mineros, los lugares de trabajo. [...] Que, en consecuencia, resulta evidente que ambas autoridades han intervenido en el caso en examen en ejercicio de sus atribuciones propias y en defensa de distintos bienes jurídicos, lo que permite descartar de plano la concurrencia en la especie de una infracción al invocado principio non bis in ídem*”.⁷³

No obstante la claridad de los argumentos, cabe efectuar algunos comentarios en relación con la forma de resolución del conflicto. En primer término,

71 Matus, Jean Pierre [Editor], *Derecho Penal del Medioambiente* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2004, pp. 157-158.

72 Al efecto véase Ossandón Widow, María Magdalena, “El principio *ne bis in ídem* en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87, nota 2, quien explica la divergencia de opiniones sobre el fundamento y alcance de esta prohibición en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales han estado circunscritas a determinar los supuestos fácticos que permiten afirmar que estamos ante “lo mismo” y a distinguir las sanciones de otras consecuencias que impone la ley que no son sanciones propiamente tales.

73 SCS Rol N° 43.460-2016, “Verdenova S.A. con SEREMI de Salud de la RM”, cc. 8° y 9°. En el mismo sentido, SCS Rol N° 100.722-2016, “Procesadora Insuban Limitada con SEREMI de Salud RM”, c. 8°; SCA de Santiago Rol N° 7681-2017, “Constructora Nueva Tarapacá S.A. con SEREMI de Salud RM”, c. 2°; SCA de Puerto Montt Rol N° 183-2015, Instituto Alemán de Puerto Montt con Inspección del Trabajo de Puerto Montt, entre otras.

una solución basada en las competencias de los órganos administrativos haría inaplicable el principio, por cuanto en todos los casos cada órgano actuaría en el ejercicio de atribuciones propias. Enseguida, la diversidad de competencias no es sinónimo de diversos bienes jurídicos, por cuanto en ocasiones el bien jurídico puede ser idéntico total o parcialmente.

Finalmente, la solución dada en el caso *sublite* omite el análisis de regla de abstención expresamente regulada en el artículo 191 inciso 3° Código del Trabajo, conforme a la cual “*Cada vez que uno de los servicios facultados para fiscalizar la aplicación de normas de higiene y seguridad, se constituya en visita inspectiva en un centro, obra o puesto de trabajo, los demás servicios deberán abstenerse de intervenir respecto de las materias que están siendo fiscalizadas, en tanto no se haya dado total término al respectivo procedimiento.*”.

Esta norma tiene por objeto precisamente evitar la doble sanción. Si bien el legislador ha reconocido que diversos servicios tienen competencias para fiscalizar aspectos vinculados con las condiciones de higiene y seguridad en los lugares de trabajo, ha establecido el deber de abstención de cualquiera de ellas cuando otra entidad competente haya iniciado un procedimiento de fiscalización.

Tal obligación tiene por finalidad evitar la duplicidad de funciones y el respeto al principio *non bis in ídem*, consistente en que no procede la imposición de diversas sanciones con ocasión de una misma infracción.

Lo expresado supone que las entidades de que se trata actúen coordinadamente en la materia, conforme con lo dispuesto en el artículo 5° de la ley N°18.575.⁷⁴

3.3. Sobre el efecto acumulativo que un mismo hecho puede generar en un procedimiento sancionador

Uno de los aspectos escasamente estudiados del principio dice relación con la reiterada y sistémica consideración de un mismo supuesto de hecho en el procedimiento administrativo sancionador, lo que tiene como consecuencia un incremento de la gravedad de la infracción y/o de la sanción.

Al respecto, cabe tener presente que uno de los fundamentos que sustentan el *non bis in ídem* es la proporcionalidad, la cual exige una retribución adecuada entre la gravedad del ilícito imputado y la sanción aplicada, no una “*sobrerreacción*” del ordenamiento jurídico que atente contra este equilibrio.

74 Véase dictámenes N°s. 38.735, de 2015 y 20.065, de 2017.

De esta forma, tal como sostiene la doctrina, “[...] *la proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación al ilícito, incurriendo, por consiguiente en arbitrariedades*”.⁷⁵

Lo anterior implica que un mismo supuesto de hecho no puede ser apreciado en más de una ocasión para agravar el ilícito y la sanción dentro de un mismo procedimiento administrativo, esto es, toda circunstancia debe ser calificada una sola vez dentro de un procedimiento y no de manera *sistémica, sucesiva y acumulativa*. De este modo, un hecho no puede ser utilizado para agravar dentro de un mismo procedimiento, en cada una de sus diversas etapas o fases, la medida punitiva que se aplicará al particular. Esto implica que, si un hecho ha sido tomado en consideración para calificar la conducta infraccional, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para agravar la conducta y/o la sanción.

El *non bis in ídem* prohíbe que ciertas circunstancias, aspectos o hechos puedan ser objeto de una doble valoración para la determinación de la sanción. Así, no sólo se proscribe la doble sanción de un mismo hecho, sino también la circunstancia de volver a valorarlo para determinar la sanción aplicable. En definitiva, se prohíbe una valoración múltiple, reiterada y sucesiva de circunstancias de hecho en la fundamentación del acto que aplica la sanción.

Por lo tanto, no sólo constituye una infracción a este principio la consideración del hecho base infraccional, sino también otros elementos o circunstancias que determinen un aumento en la sanción, como serían las calificantes o agravantes de infracción y/o de la responsabilidad.

De esta manera, el alcance principio en su sede material es bastante amplio, por cuanto “[...] *la prohibición implica la ilicitud de utilizar cualquier circunstancia que ya se haya tenido en cuenta como elemento constitutivo de la infracción o factor determinante de la sanción*”.⁷⁶

En materia penal no aumentan la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la

75 Gómez, Rosa Fernanda (2017): “*El non bis in ídem* en el Derecho Administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso) XLIX, pp. 101-138.

76 Cano, Tomás, *Sanciones Administrativas* (Madrid, Lefevre), 2018, p. 63.

conurrencia de ellas no puede cometerse (artículo 63 del Código Penal)⁷⁷. Se trata de una regla que se puede aplicar aun cuando no exista texto legal expreso que así lo establezca, ya que el fundamento y operativa del principio se encuentra en la Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, el Tribunal Supremo Español sostuvo que “[...] un elemento integrante del tipo no puede ser a la vez circunstancia de especial agravación”, puesto que, “[...] se tomaría como circunstancia de singular agravación lo que es, en realidad, una nota generalizada del comportamiento punible”⁷⁸. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en un fallo de 27 de febrero de 1998, se sostuvo que “[...] una misma circunstancia fáctica o normativa no puede integrar a la vez, un elemento constitutivo del tipo infraccionar y una circunstancia de agravación”, puesto que en dicho supuesto se infringe el principio *non bis in ídem*.

En definitiva, no es posible una doble valoración del hecho como elemento constitutivo del tipo, por una parte, y como circunstancia calificante de la infracción y/o como circunstancias agravantes de la sanción, porque sería sancionar dos veces por lo mismo⁷⁹. Así, el principio *non bis in ídem* en su vertiente material “[...] impide apreciar como agravante una circunstancia que ya esté implícita en el tipo infractor, haya sido considerada autónomamente o bien para definir una infracción”⁸⁰.

4. Reflexiones finales

Existe un amplio consenso a nivel dogmático y jurisprudencial en cuanto a que el *non bis in ídem* es aplicable en materia de sanciones administrativas. Sin embargo, a diferencia de lo que acontece con otros principios, no cabe una matización del mismo, de modo que, ante la concurrencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se debe dar lugar a su aplicación sin matices.

77 Sobre el particular se puede ver Garrido, Mario, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 317 y ss.; Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte General* (2° edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 521 y ss.

78 STS de 17 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso N° 305/1991.

79 Rebollo et al (2008), p. 368.

80 Ochoa, Fernando (2012): “Entre redención y castigo. Un análisis a la potestad sancionadora de la Administración en el marco de la nueva institucionalidad ambiental”, en: *Ars Boni et Aequi*, año 8, N° 1, p. 120.

Ahora bien, no obstante la claridad de su planteamiento, es un principio de limitada y escasa aplicación práctica, lo cual se explica por la diversidad de fundamentos utilizados por el legislador para sancionar una determinada conducta, lo cual muchas veces se expresa en habilitaciones que hacen compatibles diferentes sanciones administrativas o sanciones penales y administrativas, como ocurre en materia de mercado financiero.

Lo anterior, puede llegar a constituir una infracción al principio de proporcionalidad, por cuanto se produce una sobreacción del ordenamiento jurídico respecto de un mismo hecho. Por ello, no es efectivo que el único obligado a respetar el principio sea la autoridad administrativa o judicial, sino que también lo es el legislador.

La deficiente regulación del *non bis in ídem* plantea diversas problemáticas, tales como si existe alguna preferencia entre el orden penal y el administrativo, cuándo estamos frente a una efectiva identidad de fundamento o si un mismo hecho se puede considerar más de una vez dentro de un mismo procedimiento sancionador.

En definitiva, el *non bis in ídem* en un principio respecto del cual aun quedan muchos aspectos que analizar.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

*Vicente Aliaga Medina*¹

Lizzy Seaman Espinosa^{2,3}

Resumen

Las características de la Administración del Estado en nuestro ordenamiento jurídico han llevado a poner en el centro de los análisis de la organización y de la actuación administrativa las relaciones de jerarquía y tutela, propias de un Estado centralizado. Sin embargo, junto a estas líneas de relación, la interacción entre organismos administrativos también se da en razón de la coordinación, principio elemental y de general aplicación en la organización de la Administración.

El presente trabajo aborda el rol del principio de coordinación mediante el análisis de su aplicación en la jurisprudencia administrativa, y en la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema durante el año 2020. Dicho estudio permite delinear ciertos criterios generales, efectos y estándares de actuación que la jurisprudencia ha configurado progresivamente en las decisiones analizadas, lo que da cuenta tanto de la generalidad de su aplicación dentro de Administración del Estado como de su adaptabilidad a las diversas situaciones que los entes administrativos deben enfrentar en el ejercicio de sus funciones.

1 Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de O'Higgins. Correo electrónico: vicente.aliaga@uoh.cl.

2 Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Master of Laws, New York University. Docente de la Universidad de O'Higgins. Correo electrónico: lizzy.seaman@uoh.cl

3 Los autores agradecen los comentarios de los profesores Carlos Carmona Santander, Luis Cordero Vega, Jaime Gajardo Falcón y Cristian Montero Cartes.

1. Introducción

Es difícil encontrar en nuestro medio trabajos cuyo objeto central sea la coordinación administrativa⁴. A pesar de la poca atención que ha recibido, su aplicación supone una de las principales formas de interacción de los organismos de la Administración, la que permite el correcto desarrollo de sus funciones y el ejercicio de sus atribuciones en zonas muchas veces grises de la actuación administrativa o donde el principio de legalidad aplicado en forma estricta puede verse superado por la fuerza de la realidad.

Ello es especialmente relevante en un ordenamiento donde la evolución de la organización administrativa -llevada por las necesidades cada vez más acuciantes, en lo técnico y en lo específico, de los sectores de la regulación y actividad estatal- ha sentido fuertemente el peso de la especialización y complejización del aparato administrativo, con el consecuente riesgo de atomización del poder⁵ y, por tanto, de ineficacia e ineficiencia del actuar administrativo.

Para comprender las implicancias y efectos de la coordinación, es necesario estudiar la aplicación práctica que ha tenido en nuestro país, con el fin de identificar sus efectos, extensión y limitaciones. Proponemos emprender esta tarea a partir de dos consideraciones metodológicas: primero, si bien siempre resultan útiles, no es posible atender únicamente a construcciones dogmáticas o normativas comparadas, en la medida que las relaciones de coordinación que se dan en otros países responden a un específico sistema de gobierno, con niveles del aparato público configurados de una forma distinta a la nacional y que, por tanto, tienen relaciones interadministrativas que no necesariamente poseen un correlato en nuestro sistema; segundo, para aproximarnos a la práctica resulta útil, aun con las limitaciones que ello pueda tener, revisar la jurisprudencia administrativa y judicial, en la medida que sus decisiones abordan situaciones reales de coordinación y las exigencias y efectos que este principio trae aparejado de acuerdo a la Contraloría y a los tribunales.

En línea con lo anterior, el presente trabajo busca avanzar algunas reflexiones acerca de las decisiones emanadas de nuestra jurisprudencia administrativa y judicial, y aportar algunos elementos para el estudio de las relaciones de coordinación administrativa. Para ello, primero, se examinarán algunos

4 Un trabajo que trata centralmente el principio es el de Szmulewics, Esteban, “Problemas de coordinación entre niveles de gobierno: perspectivas a partir de los impactos del Covid-19”, en Rojas, Christian; Ferrada, Juan Carlos; y Méndez, Pablo, *Derecho Público y Emergencia*, (Thomson Reuters), 2021, pp. 185-2011.

5 Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, (Marcial Pons), 1998, p. 10.

conceptos generales sobre la materia. Segundo, se revisará la jurisprudencia administrativa, la que, dadas sus características y rol institucional, resulta clave para entender cómo funciona la coordinación en la práctica en el aparato público nacional. Tercero, se revisarán las principales decisiones de la Corte Suprema en que se aplicó este principio durante el año 2020 (lo que viene haciendo desde hace algún tiempo ya⁶), y cómo se ha ido construyendo en sus sentencias un entendimiento de aquél como una exigencia de buen funcionamiento de la Administración.

Cabe hacer presente que este trabajo es una primera aproximación al estudio de las relaciones de coordinación que existen en el aparato administrativo. Por ello, se centrará en el estudio de los efectos y categorías del principio general de coordinación que rige a la Administración, que es posible encontrar en la jurisprudencia, sin entrar en las diversas normas específicas que establecen instancias (comisiones, comités, etc.), instrumentos (planes, programas, etc.) o sistemas de coordinación (como el sistema de evaluación de impacto ambiental) establecidos por normas legales expresas, dada la entidad y efectos de estas regulaciones, como se explicará a lo largo del trabajo.

2. Algunos aspectos generales

En nuestro país, las funciones de gobierno y administración del Estado han sido entregadas por la Constitución al Presidente de la República (artículo 24), lo que implica que toda la Administración se organiza en torno a él. Bajo esta idea, las relaciones con este poder central explican la manera como se estructuran orgánicamente los entes administrativos⁷⁻⁸. Esto ha llevado, como señala Valdivia, incluso a entender que la única manera de exceptuar a un ente administrativo del ámbito de acción del Presidente es a través de una norma de rango constitucional⁹.

Así, la Administración del Estado constituye una sola gran organización, independiente de los distintos sistemas que es posible encontrar en su seno, tales como la centralización y descentralización¹⁰, o de otras figuras como

6 Ver por ejemplo, Cordero, Luis, *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*, (Der Ediciones), 2020, p. 82 y siguientes.

7 Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Thomson Reuters), 2015, p. 206.

8 Daniel, Manuel, *La organización administrativa en Chile. Bases Fundamentales*, (Jurídica de Chile), 1982, p. 107.

9 Valdivia, José Miguel, *Manual de derecho administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2018, p. 95.

10 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 107.

la desconcentración o las autonomías constitucionales que forman parte de ella¹¹. Aun existiendo distintos niveles de relación con el poder central en cada uno de estos casos, y facultades más o menos intensas para dirigir su actuación (hasta incluso desaparecer en el caso de las autonomías constitucionales o los órganos con un alto grado de autonomía legal), existen fines o fundamentos de la actuación comunes para todos los entes administrativos. Ellos, a nuestro entender, se traducen en la búsqueda y resguardo del bien común y del desarrollo del país, la satisfacción de necesidades públicas en forma continua y permanente, y en el hecho de que la Administración está al servicio de la persona humana, de acuerdo con el artículo 3 de la LOCBGAE.

En este contexto, la posibilidad efectiva de que los distintos organismos administrativos cumplan esos fines generales, así como los intereses públicos específicos puestos a cargo de cada uno de ellos (eficacia), y además con el debido resguardo de los recursos y esfuerzos públicos (eficiencia), pasa en gran medida porque sus componentes actúen de manera armónica, sin entorpecimientos mutuos, y concertando las distintas facultades y capacidades que existen en su organización para alcanzar los resultados esperados.

Ahora, si bien la exigencia de coordinación es inherente a cualquier organización, sea pública o privada, en el campo administrativo esta se hace aún más acuciante. Ello se debe precisamente a los fines de interés general y de resguardo del bien común que la Administración tiene a su cargo, al uso de recursos públicos que existe de por medio, a las limitaciones propias de la legalidad (que aquí obliga a convocar a distintos organismos para que complementen sus competencias y logren intervenciones o actuaciones que por sí solos no lograrían), y a las exigencias del principio de probidad (que incluye la eficiencia y eficacia en la gestión administrativa como parte del interés general)¹².

Así, la coordinación es un principio elemental de la organización y actuación administrativa. De ahí que sea posible encontrarla reflejada en diversos preceptos constitucionales¹³, legales¹⁴, reglamentarios y en actos administra-

11 Así, por ejemplo, para Contraloría el Ministerio Público es un ente de rango constitucional que no forma parte de la Administración. Dictámenes N° 31.253, de 2005, y 11.927, de 2009.

12 LOCBGAE, artículos 52, inciso segundo, y 53, inciso primero.

13 Por ejemplo, los artículos 19 N° 9, párrafo tercero; 33, inciso segundo; III inciso tercero; II5 bis, inciso segundo; II8, inciso octavo; y 123, inciso primero.

14 Por ejemplo, las leyes más relevantes en el ámbito administrativo, contemplan normas al respecto.
-Ley N° 18.575 (LOCBGAE): artículos 3, inciso segundo; 5, inciso segundo; 23, inciso segundo; y 24.
-Ley N° 18.695 (LOCM): artículos 7, inciso segundo; 10; 16 bis, inciso quinto; 23, letra b); 26, letra b); 30, inciso segundo; 31, inciso primero; 63, letras k) y l); 102, inciso final; 104 A; 104 E, letra f); 104 F, inciso onceavo; y 137, letra f).

tivos. Su expresión más relevante, por la generalidad de su formulación y el alcance de su aplicación, es la de la LOCBGAE, la que lo contempla dentro de los principios por los que debe regirse la Administración (artículo 3), definiéndolo su artículo 5, inciso segundo: “Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

En la diferenciación efectuada por algunos autores en trabajos cercanos a la fecha de dictación de la LOCBGAE, se trata de uno de los “principios administrativos” o “técnicos” que consagra este cuerpo normativo, en contraposición, por ejemplo, a los de carácter jurídico (como legalidad y responsabilidad).

Pantoja incluye dentro de los “principios administrativos” los de coordinación, eficiencia, eficacia y control, señalando que para los “especialistas en administración general, gerencial o ciencia de la administración” estos son relevantes porque apuntan a corregir un comportamiento inercial del aparato administrativo; agregando que fue una preocupación en la elaboración de los anteproyectos de la ley el incorporar “variantes innovadoras en las formas de trabajo de la Administración”. Señala también que, puesto en relación con otros principios de la LOCBGAE, en especial el de actuación de oficio, la coordinación adquiere un valor más relevante en orden a exigir a la Administración “iniciativa, creatividad y actitud dinámica, a actuar en forma ágil y simple, a eliminar maneras de actuar internas engorrosas o entranbantes y a exigir que se actúe ‘sin más formalidades’”¹⁵ que las que establezcan las leyes y reglamentos.

Caldera, por su parte, considera dentro de la categoría de “principios técnicos” los de eficiencia, eficacia, coordinación, unidad de acción y optimización en el uso de los medios, señalando que su cumplimiento permite a los entes administrativos “un adecuado y creciente grado de satisfacción de las necesidades colectivas en beneficio de la población”¹⁶.

Como señala la LOCBGAE, el principio de unidad de acción guarda una estrecha relación con la coordinación. De acuerdo a Caldera, el primero

-Ley N° 19.175 (LOGGAR): artículo 2, letras j) y n); 4, letra k); 16, letra c); 17, letras e), f) y h); 18, letra e); 19, letra b); 20 bis, inciso segundo; 24, letra m); 64, letras c) y f); 68, inciso segundo; 68 quáter, inciso primero; 104 bis, inciso primero; 104 ter, letras a) y b); y 104 quinquies, letra b), párrafos primero y sexto.
-Ley N° 19.880 (LBPA): artículo 37 bis.

15 Pantoja, Rolando, *Bases generales de la administración del Estado*, (Ediar-Conosur), 1987, p. 66.

16 Caldera, Hugo, “Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, N° 41/42, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 1987, p. 166.

presupone el segundo, y tiene relevancia en casos en que existen varios organismos administrativos que están actuando al mismo tiempo sobre la satisfacción de un mismo tipo de necesidades colectivas, llevan a cabo tareas distintas para dar respuesta a una misma necesidad o cuando desarrollan actividades similares o idénticas como etapas para dar cumplimiento a necesidades colectivas distintas¹⁷. En palabras de Cordero, “exige a los organismos que actúan coetáneamente una solución unificada para atender una necesidad pública”¹⁸.

Además de la formulación que establece la LOCBGAE de la coordinación como un principio, podemos encontrar una serie de expresiones de la misma en distintas normas legales: obligaciones para los organismos de actuar coordinadamente en un sector o en un procedimiento específico; facultades o potestades que el ordenamiento entrega a un ente para coordinar a otros; instrumentos o técnicas de coordinación, como comisiones o consejos que reúnen organismos con distintas competencias, procedimientos en que participan diversos entes ejerciendo sus propias facultades, planes, políticas, etc.; e instituciones o instrumentos establecidos para un fin determinado que permiten además un actuar coordinado, o la unificación de ciertos criterios, por ejemplo, contratos marco, comisiones de servicio, etc.

Ahora bien, los efectos de la coordinación como principio y de las normas legales de coordinación no son equivalentes, en especial con respecto a la intensidad de las obligaciones correlativas. De ahí que la doctrina nacional, coincidente con la doctrina española, ha diferenciado estos dos puntos de vista a través de los conceptos de coordinación y cooperación¹⁹. La coordinación (forzosa, o en sentido estricto) implica una posición de superioridad del órgano coordinador, en virtud de la cual su decisión debe ser cumplida por los coordinados y condiciona el ejercicio de las competencias de estos últimos. Bajo esta idea, se dice, existe una facultad directiva del coordinador sobre los coordinados, quienes están en un plano de inferioridad a su respecto, que no puede presumirse sino que debe venir otorgada expresamente por el derecho positivo. Además, al encontrarse establecida por una norma expresa, su incumplimiento podría acarrear un vicio de ilegalidad del acto respectivo. Aquí

17 Caldera, Hugo, Op. cit. nota 16, p. 170.

18 Cordero, Luis, Op. cit. nota 6, p. 85.

19 Por ejemplo, ver Cordero, Eduardo, “El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos”, en *Revista de Derecho*, N° XXIX, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2007, p. 283; Cordero, Luis, Op. Cit. nota 7, pp. 203-204; Valdivia, José Miguel, Op. cit. nota 9, p. 90.

hay una relación de verticalidad, pero que no alcanza las notas propias de una relación de jerarquía.

Por su parte, la cooperación (o coordinación voluntaria) se realiza en un plano de igualdad entre los coordinados. En este caso, no sobresale uno por sobre los otros, y la relación de coordinación se desarrolla bajo el parámetro de la voluntariedad, donde los mismos entes buscan facilitar las actuaciones de los demás o concertan acciones encaminadas al cumplimiento de fines comunes. Acá la relación es de horizontalidad.

Además de estos dos, existen otros conceptos que se han utilizado por algunos autores en otras latitudes para describir las relaciones interadministrativas. El auxilio, por ejemplo, implica la ayuda o colaboración incidental que un ente puede pedir a otro para el ejercicio de sus atribuciones en una situación concreta²⁰. A su vez, la colaboración, se traduce en “el ejercicio conjunto de competencias de cada uno de los entes que aúnan sus actividades al objeto de optimizar sus resultados”²¹. Para otras, el deber de colaboración, que también se conoce como deber de lealtad institucional, se traduce en el derecho positivo español en ciertas obligaciones recíprocas entre los organismos administrativos: el respeto ante el ejercicio de las competencias de otros entes; el deber de ponderar, al ejercer las propias competencias, todos los intereses públicos afectados, y en concreto los que están a cargo de otros organismos administrativos; facilitarse información de manera recíproca; y prestar asistencia a otros entes que lo necesiten para el ejercicio de sus atribuciones²².

Como sea, es difícil intentar encuadrar las relaciones de coordinación que se dan en nuestro país a partir de los conceptos propios de otros sistemas. Ello, en la medida que muchas de estas relaciones vienen condicionadas por la forma de Estado y la manera como se organiza la Administración. De hecho, todas estas distinciones conceptuales descritas en los párrafos anteriores no tienen expresión en nuestra LOCBGAE, la que solamente se refiere al principio de

20 Cosculluela, Luis, *Manual de derecho administrativo*, (Thomson Reuters), 2017, p. 189.

21 Cosculluela, Luis, Op. cit. nota 20, p. 187. Se debe hacer presente que la idea de “colaboración” no es desconocida en nuestro ordenamiento en el ámbito administrativo, ya que existen leyes que lo utilizan (por ejemplo, artículo 4 de la ley N° 20.405, que creó el Instituto de Derechos Humanos), y también es referida en la jurisprudencia administrativa (por ejemplo, dictamen N° 32.401, de 2017; oficio N° 20.743, de 2019; entre muchos).

22 Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, (Tecnos), 2019, p. 264. En el mismo sentido, Escuin Palop, Catalina, *Curso de derecho administrativo. Parte general*, (Tirant Lo Blanch), 2011, pp. 127-128, aunque distingue entre el deber de lealtad institucional (que incluye las dos primeras obligaciones) y el deber de auxilio mutuo (que incluye las dos segundas).

coordinación y a la noción de unidad de acción en lo que aquí interesa (sin perjuicio de otras leyes que establecen deberes específicos de coordinación).

Lo anterior es relevante porque la exigencia de unidad funcional que impone la LOCBGAE a la Administración no solo puede ser alcanzada a través de la vía de la coordinación, sino también mediante los sistemas de organización típicos que existen en nuestro medio: la centralización y descentralización. Así, las relaciones de jerarquía o dependencia y las de supervigilancia o tutela (propias de ambos sistemas, respectivamente), se traducen en una serie de prerrogativas que permiten, de una u otra manera, de forma más directa o indirecta, y con mayor o menor intensidad, dirigir la actuación de los órganos administrativos y alcanzar la unidad funcional.

Daniel indicaba, en la década de los ochenta, que la organización administrativa requiere un centro unitario hacia el cual todos los “órganos se ordenen y coordinen; sin esta unidad en la variedad no puede haber, en realidad, una administración funcionalmente eficaz”, para lo cual se idearon tales sistemas organizativos²³. Respecto del primero, indicaba que “la unidad funcional se consigue con mayor facilidad en este sistema centralizado, pues la planificación y la ejecución de las políticas administrativas se conjugan de un modo más coordinado y uniforme”²⁴. En cuanto a la tutela o supervigilancia, señalaba que su objetivo “es mantener la coordinación, dentro de la unidad central y superior, de todos los órganos administrativos, cualquiera sea el grado de su libertad de gestión administrativa”. Acá, las facultades del poder central dependerán de lo que establezca la ley en cada caso concreto, siendo las más comunes las relacionadas con el agente u órganos (nombramiento y remoción en cargos de exclusiva confianza, por antonomasia) o con sus actos (ratificación o revisión de los mismos, por ejemplo)²⁵.

Lo anterior explica también el porqué las relaciones de coordinación en nuestro medio no han recibido mayor atención: la forma usual en que se logra la unidad de acción en un sistema administrativo como el chileno es a través de las distintas relaciones jerárquicas o de dependencia y de supervigilancia o tutela a que están sujetos los servicios y organismos administrativos.

En España, donde la autonomía de las administraciones territoriales tiene un grado mucho mayor y se encuentra reconocida a nivel constitucional,

23 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 98.

24 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 108.

25 Daniel, Manuel, Op. cit. nota 8, p. 105.

la categorización entre coordinación y cooperación tiene mucha mayor relevancia. La existencia de distintas entidades a las cuales se les otorga autonomía y de competencias territoriales coincidentes entre los distintos niveles, lleva ínsito riesgos de superposiciones, contradicciones y conflictos de competencia. En un sistema constitucional de estas características, la necesaria cohesión institucional del Estado no se asienta sobre los principios de jerarquía y tutela administrativa, los que son reemplazados por los de dirección y coordinación²⁶. Como señala Santamaría, esta última constituye así “una exigencia ineludible de todo Estado compuesto”²⁷. También adquiere mucho más sentido distinguir entre la coordinación y la cooperación, en cuanto la primera, “está en los límites de lo que permite el reconocimiento constitucional de la autonomía de las Administraciones territoriales”²⁸, en la expresión de Esteve.

En nuestro país, la mayoría de los conflictos que pudiesen suscitarse en materia de coordinación podrán ser resueltos a través de las facultades propias de la jerarquía y de la tutela, según corresponda. Sin embargo, y a pesar de ello, el principio y las facultades de coordinación tienen en nuestro medio efectos prácticos en el funcionamiento de los entes administrativos, que muchas veces pasan desapercibidos en la medida que forman parte del desarrollo normal de sus tareas y de sus relaciones.

Por ello, para conocer cómo efectivamente la exigencia legal de coordinación influye en nuestra Administración, hace falta revisar las decisiones de la jurisprudencia administrativa y judicial en esta materia. En principio, este planteamiento también tiene el problema de que gran parte de los dictámenes o sentencias reflejan los comportamientos patológicos de los organismos públicos, es decir las descoordinaciones, pero, como se verá, también es posible extraer algunos criterios generales o generalizables que describen lo que se espera o se entiende por Contraloría y los tribunales como un actuar coordinado de la Administración.

26 Sánchez Morón, Miguel, “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, en *Documentación Administrativa*, N° 230/231, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1992, pp. 18-19. Según el autor, la cohesión institucional del Estado se entiende como “aquel conjunto de reglas, valores, principios y actitudes de las distintas instituciones públicas y de los diferentes niveles de gobierno y administración, relativas a sus relaciones recíprocas, que permitan un regular y ordenado funcionamiento de todos ellos para la consecución de los fines que constitucionalmente les están atribuidos”. Sánchez Morón, Miguel, “La coordinación administrativa como concepto jurídico” p. 13.

27 Santamaría Pastor, Juan, *Principios de derecho administrativo*. Volumen I, (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.), 2002, p. 133.

28 Esteve Pardo, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, (Marcial Pons), 2016, p. 143.

Por último, no podemos dejar de mencionar que la coordinación es uno de los elementos que se considera como parte del derecho a una buena administración²⁹, lo que incluso ha sido reconocido por la Contraloría³⁰.

3. La coordinación según la jurisprudencia administrativa

La Contraloría General de la República ha aplicado en incontables ocasiones el principio general de coordinación de la LOCBGAE. Ello, con motivo de su potestad dictaminante, principalmente, pero también relacionado con los procedimientos de toma de razón y de fiscalización.

Los criterios contralores se enmarcan en la relación directa y permanente que la Contraloría tiene con los organismos administrativos. Como se sabe, a través de su potestad dictaminante, absuelve consultas de los servicios respecto a la manera en que deben ejercer sus competencias o reclamos de particulares para que defina si el actuar de un organismo se ajusta al ordenamiento jurídico. A ello se suma el procedimiento de toma de razón, como instancia de revisión constante de los actos de una gran cantidad de entes administrativos (aunque gran parte de tales actos se encuentren exentos del trámite³¹). Esto hace que Contraloría tenga una posición privilegiada institucionalmente para definir los criterios de aplicación del principio de coordinación, en la medida que suele ser un elemento que permite

dar respuesta a situaciones en que existe la duda de cómo proceder, lo que denota su carácter casuístico y práctico.

A ello se suma el valor que tienen los dictámenes de Contraloría en nuestro ordenamiento, como un elemento esencial en el sistema administrativo. Es sabido que, para la misma jurisprudencia administrativa, y dadas las características con que la ley orgánica de Contraloría dota a sus dictámenes³²

29 Para revisar un planteamiento del punto en nuestro derecho, ver Linazasoro, Izaskun, “El derecho a una buena administración pública en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, N° 88, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2018, p. 97.

30 Dictamen N° E45754, de 2020, donde se indica que la Administración está “sometida a los principios de servicialidad, eficiencia, eficacia, coordinación y celeridad, de manera que su debida observancia garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos y, entre ellos, el Derecho a la Buena Administración”. También en la resolución N° 7, de 2019, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, Contraloría indica que dicho examen vela por el derecho a una buena Administración, entre otros principios (considerando N° 3).

31 Cordero, Luis, “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”, en *Revista de Derecho Público*, N° 69, (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2007, pp. 157-159. Rajevic, Enrique, y Garcés, María Fernanda, “Control de legalidad y procedimiento de toma de razón”, en *Un mejor Estado para Chile*, (Consorcio para la Reforma del Estado), 2009, p. 618.

32 Los dictámenes de la Contraloría General de la República son obligatorios para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de los servicios y entes que forman parte de la Administración y son los únicos

estos no sólo son obligatorios para el caso que resuelven, sino que se aplican también a cualquier caso o situación concreta que caiga dentro del contexto del dictamen³³ que se pueda producir en el futuro.

3.1. Definición y efectos de la coordinación según la jurisprudencia administrativa

La Contraloría utiliza la idea de coordinación para referirse, al menos, a dos aspectos distintos: coordinación interna y coordinación externa.

Dado el carácter general de la coordinación como principio de la organización administrativa, en variados dictámenes y decisiones se refleja una idea de coordinación interna, que en palabras sencillas, implica ordenar, disponer y organizar los elementos materiales y personales de la mejor manera posible para el trabajo interno de un servicio³⁴. Sin embargo, excede del objetivo de este trabajo su tratamiento. Solamente queremos recalcar que existen decisiones de Contraloría en que ha establecido criterios en la materia, la que no ha sido tratada mayormente en la medida que el acento ha estado en considerar la coordinación desde un punto de vista interadministrativo, a partir de las categorías del derecho comparado, como indicamos.

3.2. Criterios generales

La jurisprudencia administrativa ha definido y caracterizado el principio general de coordinación a partir de preceptos contenidos en el Título I de la LOCBGAE, “Normas Generales”, desde donde se han construido sus contenidos y efectos. Ello no deja de ser relevante dadas las características de este apartado, el que es “aplicable a todos los órganos de la Administración, con independencia de sus singularidades”³⁵ (a diferencia del Título II).

De lo anterior se deriva una serie de nociones respecto a la coordinación, las que podemos ver reflejadas en las decisiones del ente contralor en esta materia. Así, lo primero es que la coordinación se debe concebir como un principio

medios que pueden ser hechos valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa. Artículos 19 y 6, respectivamente, de la ley N° 10.336.

33 Cordero, Luis, “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista”, en *Anuario de Derecho Público* 2010, (Universidad Diego Portales), 2010, pp. 170-171.

34 Funciones que la ley entrega, por ejemplo, a los Subsecretarios de cada Ministerio (artículo 14 del DFL N° 7.912, de 1927, del Ministerio del Interior, que organiza las secretarías de Estado).

35 Dictamen N° 56.884, de 2015.

general de la organización administrativa³⁶. Si bien es un principio general de cualquier entidad, en el caso de la Administración, que es una organización compleja y de gran volumen, se requiere coordinación para alcanzar la unidad de acción necesaria para cumplir los objetivos de bien común que tiene a su cargo.

De la mano de lo anterior, la Contraloría ha señalado que la coordinación es un deber, no una mera recomendación o facultad³⁷. Es decir, estamos frente a una exigencia legal y, como tal, tiene todo el efecto que el Derecho posee como sistema de ordenación de la conducta³⁸. Ello hace que el cumplimiento de la exigencia de una acción administrativa coordinada pueda ser controlada y que su incumplimiento dé lugar a responsabilidad.

Por otra parte, el mandato de coordinación de la LOCBGAE se traduce en que la Administración debe actuar como un todo armónico que propenda a la unidad de acción³⁹, idea que evoca un cierto objetivo general y transversal de toda la actuación administrativa. En relación con ello, en ciertos casos la jurisprudencia ha señalado que esa finalidad común, “se traduce en facilitar el acceso a la ciudadanía a las distintas prestaciones de las entidades públicas mediante el mecanismo de la coordinación y con ello dar cumplimiento al deber de servicialidad del Estado”⁴⁰.

De hecho, en algunas de sus decisiones, Contraloría ha señalado que el incumplimiento del deber de coordinación entre dos organismos administrativos no puede tener efectos perjudiciales para los particulares⁴¹ (o incluso para los funcionarios públicos en materias de personal)⁴², criterio que, creemos, debe ser manejado con cuidado, en la medida que podría implicar, en el extremo, sanear o validar situaciones contrarias al ordenamiento o que provoquen efectos negativos respecto de terceros, por el solo hecho de que existió un problema de coordinación (por ejemplo, un ente otorga una autorización sin consultar a otro que posee los antecedentes del solicitante, los cuales dan cuenta de que no cumple con los requisitos para obtenerla). De acuerdo al principio de no formalización (artículo 13 de la LBPA), no todos los vicios de

36 Dictámenes N° 91.166, de 2014; 19.524, de 2017; 26.955, de 2018; y E35073, de 2020.

37 Dictámenes N° 35.008, de 1997; 91.166, de 2014; 19.524, de 2017; 26.955 de 2018; y E35073, de 2020.

38 Pantoja, Rolando, *Bases generales de la administración del Estado*, (Ediar-Conosur), 1987, p. 66.

39 Dictámenes N° 26.955, de 2018, y E35073, de 2020.

40 Dictamen N° 26.955, de 2018, y E35073, de 2020.

41 Dictamen N° 31.935, de 2014.

42 Dictamen N° 25.296, de 2018.

procedimiento o de forma de un acto administrativo tiene la aptitud suficiente para afectar su validez, ya que se requiere que recaigan en un requisito esencial del mismo, ya sea por su naturaleza o porque alguna norma lo establece como tal, y genere perjuicio al interesado. Así, de darse estas condiciones, en razón de una falta de coordinación, de todas maneras debería existir la posibilidad para la Administración de invalidar el acto.

3.3. Entidades a las que aplica

En cuanto al alcance del deber de coordinación, es posible ver su gran amplitud a través de las decisiones contraloras: abarca al aparato administrativo completo. Así, obliga a todos los entes públicos “con independencia del carácter autónomo, personificado o centralizado de que estén revestidos”⁴³. Por ejemplo, respecto de las municipalidades, Contraloría ha señalado que deben observar el principio de unidad de acción, consagrado en la LOCBGAE, así como el deber de coordinación que establece el artículo 5, inciso 2, de la misma, agregando que tales preceptos se ubican en su Título I, “denominado ‘normas generales’, las que son plenamente aplicables a las municipalidades”⁴⁴. Incluso ha señalado que uno de los límites a los que está sujeta la autonomía de las municipalidades es “la debida coordinación con el resto de los organismos públicos” consagrada en la LOCBGAE y en la LOCM⁴⁵. El principio también alcanza a las empresas del Estado⁴⁶, universidades estatales⁴⁷, corporaciones municipales a cargo de la salud⁴⁸, e incluso a Contraloría⁴⁹. Con respecto a esta última, de uno de sus dictámenes es posible concluir que si bien el deber o principio de coordinación la vincula, se deben considerar ciertos matices en la materia, derivados de su calidad de entidad fiscalizadora de la Administración activa y su autonomía⁵⁰.

43 Dictámenes N° 91.166, de 2014, y 19.524, de 2017.

44 Dictamen N° 35.008, de 1997.

45 Dictamen N° 32.668, de 2004. Los otros límites son el ordenamiento jurídico mismo y los planes nacionales y regionales que regulan determinadas actividades.

46 Oficios N° 38.161, de 2005 y 36.027, de 2013; 37.559, de 2011; 56.884, de 2015; y E35703, de 2020. En estos casos se trata de empresas creadas por ley que forman parte de la Administración, de acuerdo al artículo 1, inciso segundo, de la LOCBGAE.

47 Dictámenes N° 31.935, y 94.407, ambos de 2014; y 1.327, de 2017.

48 Dictamen N° E84787, de 2021.

49 Dictámenes N° 44.587, de 2017; 23.063, y 30.151, ambos de 2018.

50 Dictamen N° 62.219, de 2013. Existe aquí una suerte de coordinación atenuada, en la medida que Contraloría no puede participar del procedimiento a cargo de otro ente administrativo, pero sí le puede prestar la colaboración que no implique poner en entredicho su autonomía y sus facultades fiscalizadoras.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia refleja que pueden existir relaciones de coordinación entre entidades administrativas y organizaciones o personas ajenas a la Administración, tales como el Poder Judicial, organismos extranjeros, y particulares. Esto se ha dado en el contexto de relaciones institucionales derivadas de normativas legales⁵¹; reuniones para evaluar la posibilidad técnica de acceder a bases de datos que están en manos del Poder Judicial⁵²; para mejorar la coordinación entre un ente fiscalizador y sus homólogos de otros países⁵³; por el deber de todos los organismos de la Administración de colaborar con los observadores internacionales de derechos humanos, habilitados en virtud de tratados vigentes⁵⁴; por el mandato legal que rige a un servicio público a cargo de las políticas de fomento de un sector específico, el que debe realizar dicha tarea en coordinación con los grupos intermedios que desarrollan la actividad⁵⁵; en el ejercicio de una tarea de interés público que la ley ha entregado a un ente privado, respecto de la cual se requiere una coordinación con el organismo administrativo sectorial⁵⁶; en cumplimiento de lo establecido en un contrato de concesión de obra pública⁵⁷ y uno de estudio de infraestructura⁵⁸, y en relación a la facultad legal de la Oficina Nacional de Emergencias de coordinar entidades

51 Para corregir ciertos errores en el pago de la asignación de los ministros de la Corte Marcial, regulada en el Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas. Dictamen N° 28.881, de 2014.

52 Para que Contraloría pudiese corroborar información de las declaraciones de intereses y patrimonio respecto de los sujetos que debe fiscalizar (dentro de los que no se encuentran integrantes del Poder Judicial). Dictamen N° 86.632, de 2016.

53 Proyecto para reforzar la coordinación entre las autoridades supervisoras de los mercados de valores de varios países en el marco de un acuerdo internacional. Dictamen N° 7.115, de 2017. En este caso, entre los reguladores de Colombia, Perú, México y Chile, (en ese momento, la Superintendencia de Valores y Seguros), en el contexto del Acuerdo de la Alianza del Pacífico, y del proyecto “Mercado de Integración de Latinoamérica”, se realizaban reuniones para reforzar la coordinación en materia de regulación, fiscalización y evaluación de su impacto en los mercados.

54 Debiendo permitirles acceder presencialmente a los procesos donde podrían darse dichas situaciones y entregarles antecedentes. Dictamen N° 28.515, de 2019.

55 Federaciones deportivas. Dictamen N° 30.861, de 2015. Artículos 3 y 8 de la ley N° 19.712, del Deporte.

56 Eunacom. Dictamen N° 31.886, de 2015.

57 Dictamen N° 60.590, de 2015. El dictamen señala que las bases del contrato de concesión de obra pública establecían dicha coordinación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas para implementar un plan de compensaciones por relocalización habitacional.

58 Dictamen N° 32.246, de 1994. El pronunciamiento se refiere a un reclamo de una empresa que debía desarrollar un estudio de ingeniería de puentes, y que reclama un aumento en los honorarios que debía pagarle la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas. Contraloría considera que el contratado incumplió las obligaciones de coordinación y comunicación con la Dirección de Vialidad y con el Departamento de Estudios. Así, el aumento del valor del estudio se debió “a una decisión unilateral del consultor originada en falta de coordinación con el mandante” y no por servicios solicitados por la Administración. Concluye rechazando el reclamo.

públicas y privadas en casos de catástrofe, sismos o calamidades públicas⁵⁹. Como se ve, estas relaciones en general requieren de una norma al menos de rango legal que la habilite y, de hecho, Contraloría ha cuestionado el que se proceda a una coordinación con privados sin que la ley lo autorice⁶⁰.

3.4. Limitaciones de la coordinación

Si bien la coordinación es un elemento que se puede encontrar en cualquier organización, dadas las características propias de la Administración, aquella adquiere ciertas notas distintivas. Una de las más relevantes es que, en atención al principio de legalidad, una relación de coordinación no puede devenir en el ejercicio de atribuciones distintas a las del propio organismo. Si se revisan los dictámenes de la Contraloría, esta limitación tiene distintas expresiones: en las relaciones de coordinación, cada ente debe actuar dentro de sus competencias⁶¹; los convenios interadministrativos, como instrumentos de coordinación, no pueden alterar las atribuciones que la ley otorga a los organismos participantes, ni implicar la delegación de su ejercicio⁶², ni los habilita para dejar de ejercer sus competencias⁶³; las facultades de coordinación que la Constitución o las leyes otorguen a un ente administrativo no lo habilitan para sustituir a los coordinados en el cumplimiento de sus propias funciones, por cuanto la coordinación busca únicamente que los mismos órganos competentes ejecuten, de forma concertada, las tareas que les corresponden⁶⁴; y el deber de cumplir coordinadamente sus cometidos no puede significar afectar la independencia con que los organismos administrativos ejercen sus atribuciones⁶⁵.

59 Dictamen N° 22.166, de 2017. La norma legal es el artículo 3, del decreto ley N° 369, y respecto de la Onemi se trata de una facultad legal de coordinación. Sin embargo, los organismos públicos que están bajo ella requieren coordinarse con los privados, todos bajo la dirección de la Onemi.

60 Por ejemplo, en el dictamen N° 57.030, de 2015, en el que se cuestionó a una municipalidad que se coordinó con una empresa privada en materias de seguridad ciudadana sin existir norma habilitante.

61 Dictámenes N° 26.995, de 2018, y E35073, de 2020.

62 Dictámenes N° 56.884, de 2015; 16.067, de 2017; 26.412, de 2018; y E35073, de 2020.

63 Dictamen N° 34.751, de 2005, en el que se cuestionó la celebración de un convenio entre la autoridad sanitaria y una municipalidad en materia de control de perros vagos, en circunstancias que dicha autoridad no tuvo conocimiento del retiro y eliminación de uno de ellos, en circunstancias que la decisión de su eliminación le correspondía a ella y no al municipio.

64 Dictamen N° 3.940, de 1991. Caso referido a las facultades de intendentes y gobernadores para coordinar los servicios públicos de su territorio.

65 Oficio N° 51.860, de 2003. Contraloría no tomó razón de un convenio entre la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción y el Instituto de Desarrollo Agropecuario, en el que la primera se comprometía a fiscalizar a las cooperativas de ahorro y crédito que usen instrumentos financieros administrados por el segundo, comprometiéndose este a traspasar un monto de dinero para financiar los gastos de la fiscalización (situación que parece más una prestación de servicios que un convenio).

En cierta medida, las relaciones de coordinación en sí mismas constituyen mecanismos que resguardan el respeto de las competencias propias de cada ente en sus relaciones interadministrativas. Mediante el establecimiento de mecanismos o instrumentos de coordinación, a través de acciones conjuntas que permitan una intervención que de ser realizada por un organismo implicaría invadir las facultades de otro, o incluso a través de la abstención del ejercicio de las propias competencias (tanto voluntaria⁶⁶ como en el caso de competencias alternativas⁶⁷), se permite un actuar conjunto o en colaboración de distintos entes con el fin de alcanzar un objetivo que no podrían lograr separadamente, asegurando a su vez que cada uno ejercerá solamente sus propias atribuciones. Así, la coordinación cumple el doble objetivo de resguardar las competencias propias de cada ente y de permitir una acción administrativa eficaz⁶⁸.

3.5. Algunas distinciones

En cuanto a clasificaciones de la coordinación, Contraloría se ha referido a dos tipos distintos, vertical y horizontal, donde las acciones que permitan llevarlas a cabo requieren, en el primer caso, de una consagración legal, a diferencia del segundo⁶⁹. Esta clasificación denota que existe una diferencia relevante entre las facultades de coordinación entregadas por ley y el principio o deber de coordinación que emana de la LOCBGAE y que rige transversalmente a la Administración. Las facultades legales implican que el organismo coordinador tiene una posición de superioridad con respecto al resto de los coordinados que le permite dirigir su actuar, con el correlativo deber de responder a esa dirección, condicionando las competencias de aquellos. En cambio el deber general de coordinación se traduce en un estatus de igualdad entre los coordinados. Este binomio coordinación vertical y horizontal, podría entenderse como equivalente al binomio coordinación y cooperación, revisado más arriba.

66 Por ejemplo, el dictamen N° 30.151, de 2018.

67 Por ejemplo, en el dictamen N° 20.065, de 2017, referido al artículo 191 del Código del Trabajo.

68 Por ejemplo, en los dictámenes N° 27.985, de 2015 (Superintendencia de Educación y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones); 40.853 (Municipalidad, Servicio Agrícola y Ganadero y autoridad sanitaria); 60.358 (Comisión Chilena de Energía Nuclear, Ministerio de Salud), y 61.224, de 2016 (Superintendencia del Medio Ambiente, autoridad sanitaria); 11.759, de 2017 (Superintendencia del Medio Ambiente, municipalidad); 18.583, de 2018 (Aduanas, Policía de Investigaciones y Carabineros); y E53863, de 2020 (Superintendencia de Servicios Sanitarios y autoridad sanitaria). Éste también es el sentido del inciso final del artículo 10 de la LOCM respecto de la coordinación de las municipalidades con los servicios públicos que actúen en sus respectivos territorios.

69 Dictamen N° 1.726, de 2016.

En concordancia con la distinción anterior, resulta relevante aclarar que las relaciones de coordinación no son equivalentes a relaciones de jerarquía⁷⁰, las que usualmente se explican por una serie de prerrogativas que el superior tiene respecto de los órganos inferiores, dentro de las que, por ejemplo, Cordero incluye la potestad de dirección (dictar órdenes), de control, disciplinaria y de resolución del recurso jerárquico⁷¹. Así, las consecuencias de una y otra son distintas. Esta diferencia es patente para los casos en que estamos frente al deber general de coordinación de la LOCBGAE, pero también se produce en los casos en que existen facultades legales de coordinación, como se refleja de algunas decisiones de Contraloría. Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que no es posible que una entidad que tiene facultades legales de coordinación sobre otros entes administrativos resuelva un recurso jerárquico interpuesto contra una decisión de estos últimos en la materia sujeta a coordinación⁷². Si bien no es un criterio que admita completa generalización (en la medida que la ley podría establecer facultades más o menos intensas, que podrían asemejar la coordinación a la jerarquía), las relaciones de coordinación, en principio, siempre deberían implicar algún grado de autonomía o discrecionalidad para el ente coordinado⁷³, por lo que las decisiones que adopte el coordinador no deberían ser aptas para limitar o prefigurar completamente la decisión del primero⁷⁴.

70 Acá es posible hacer una precisión: en las relaciones de jerarquía técnicamente hay facultades de coordinación, pero éstas se confunden con las jerárquicas, ya que permiten alcanzar los mismos fines.

71 Cordero, Luis, Op. cit. nota 19, pp. 197-198.

72 Dictámenes N° 87.233, de 2015; 84.938, de 2016; y E73928, de 2021. Los primeros dos dictámenes se refieren a la calidad de autoridad de coordinación que tiene la Dirección General de Movilización Nacional respecto de las entidades ejecutoras y contraloras de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, siendo Carabineros una de estas. Indican que si bien no procede el recurso jerárquico con respecto a las decisiones de Carabineros, la ley faculta a la Dirección para representar a las autoridades ejecutoras las situaciones ilegales o antirreglamentarias que detecte en las inscripciones de armas autorizadas por ellas, por lo que si recibe una presentación de un particular que cuestione el actuar de una autoridad ejecutora, puede verificar su legalidad y representárselo en caso de existir una actuación contraria al ordenamiento.

73 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Op. cit. nota 27, p. 134. Sanchez Morón, Miguel, Op. cit. nota 26, p. 24. Si bien esta es una característica que se refiere a la realidad del sistema español (marcada por el relevante grado de autonomía que tienen las entidades territoriales), es una condición que viene de suyo en cualquier relación de coordinación, en la medida que, como lo ha planteado la jurisprudencia administrativa en nuestro país, esta no puede implicar alterar las competencias de los organismos coordinados ni delegarlas.

74 Si bien no es explícito, un ejemplo de ello es el Dictamen N° 88.601, de 2015. La ley de control de armas establece que la Dirección General de Movilización Nacional tiene facultades de coordinación sobre las entidades fiscalizadoras de la misma, una de las cuales es Carabineros. Debe recordarse que, en los dictámenes N° 87.233, de 2015, y 84.938, de 2016, Contraloría ya había indicado que dicha relación no se puede entender como una de jerarquía (por lo que no procede el recurso jerárquico). En el caso del dictamen N° 88.601 de 2015, Carabineros comenzó a solicitar la entrega de los casquillos

Por su parte, también cabe señalar que las facultades de coordinación que entrega la ley a un organismo no implican el otorgamiento de atribuciones normativas o interpretativas. En este sentido, Contraloría ha considerado que se exceden tales facultades legales con la dictación por parte del ente coordinador de un oficio que defina un plazo para expedir ciertos informes por parte de los coordinados, así como su contenido y naturaleza dentro del procedimiento⁷⁵.

Además, la jurisprudencia ha indicado que no es posible el ejercicio de facultades de coordinación (vertical) por comisiones, comités o consejos asesores que se crean en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente, ya que tales facultades solamente las puede entregar la ley. Este tipo de entidades solamente puede proponer o estudiar acciones de coordinación en la materia de su competencia, pero no coordinar acciones, actividades, políticas o programas, ya que ello constituye el ejercicio de facultades ejecutivas⁷⁶ o potestades públicas que corresponde entregar por norma legal a órganos administrativos creados por ley.

Cabe aclarar, eso sí, que tales comisiones, comités o consejos asesores son, en sí mismos, instancias de coordinación y diálogo, de carácter horizontal⁷⁷. En un sentido análogo, Contraloría ha entendido que no pueden entregarse a una autoridad, mediante acto administrativo, funciones de coordinación que impliquen el ejercicio de atribuciones decisorias propias de los organismos administrativos coordinados⁷⁸, lo que es consistente con el límite que ha impuesto a los convenios de coordinación o colaboración en cuanto no pueden “delegarse” facultades de un organismo a otro⁷⁹, en la medida que precisamente se trata de relaciones en que no existen facultades de dirección de un ente por sobre los demás.

y vainillas previamente percutados y una declaración jurada a quienes quisieran obtener autorización de compra de munición, lo que en opinión de la Dirección señalada no resultaba procedente. Contraloría entiende que las facultades de control de las entidades fiscalizadoras han sido configuradas por la ley de forma ampliamente discrecional, validando la decisión de Carabineros. Como se ve, acá se resguarda un grado de libertad en la manera de ejercer la competencia que se encuentra sujeta a facultades legales de coordinación de otro ente.

75 Dictamen N° 44.299, de 2011. El caso se refería al sistema de evaluación de impacto ambiental.

76 Oficios N° 20.015, de 1992; 3.391, de 1993; 86.893, de 2015; y 1.726, de 2016.

77 Arancibia, Jaime, “Las comisiones asesoras administrativas”, en Revista de Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica de Chile), N° 19, julio-diciembre 2014, pp. 18, 20, 24 y 28.

78 Oficio N° 38.611, de 2016.

79 Dictamen N° 56.884, de 2015; 16.067, de 2017; 26.412, de 2018; y E35073, de 2020.

3.6. Efectos o expresiones de la coordinación

En cuanto a las expresiones del principio que la jurisprudencia administrativa ha definido, es decir, qué conductas o acciones son consecuencia o exigencia de la coordinación, ello puede ser analizado desde dos perspectivas: una general y otra práctica.

3.6.1. Lineamientos generales

En términos generales, es posible ver tres efectos de la coordinación en la jurisprudencia⁸⁰: 1) evitar la duplicidad de labores y tareas⁸¹; 2) concertar medios y esfuerzos para una finalidad común⁸², y 3) respecto de la actividad unilateral de los órganos, el respeto a los actos que dicten dentro de la esfera de sus atribuciones⁸³.

Si bien todas estas nociones tendrán un efecto en la eficiencia, eficacia y unidad de acción, la primera y la tercera de las ideas apuntan más a un actuar eficiente, traduciéndose la mayoría de las veces en un deber de omisión por parte de alguno de los coordinados o el respeto de las decisiones de otro organismo (coordinación negativa); mientras que la segunda apunta más a un actuar eficaz y significará generalmente que los organismos coordinados deberán desarrollar ciertas acciones de manera conjunta y ordenada (coordinación positiva)⁸⁴.

En general, los tres efectos señalados pueden tener diversas expresiones prácticas. En este sentido, la forma de lograr la coordinación dependerá muchas veces de la situación concreta en que actúen los organismos, de las facultades o atribuciones que cada uno deba ejercer y del tipo de acciones que estén llevando adelante. Resulta difícil definir *a priori* qué mecanismos deben aplicarse a cuáles situaciones, ya que aquéllos dependen de los mismos organismos actuantes⁸⁵ y del contexto que enfrenten. El principio de coordinación,

80 Dictámenes N° 56.884, de 2015; 16.067, de 2017; 26.955, de 2018; y E35073, de 2020.

81 Ejemplos de ello son los dictámenes N° 3.181, de 2005, y 46.029, de 2016.

82 Por ejemplo, el dictamen N° 496, de 2015.

83 Esta última es una concretización de la primera obligación, pero ha sido enunciada específicamente por la jurisprudencia. Dictámenes N° 77.490, de 2011; 15.006, de 2014; y 88.514, de 2015.

84 La clasificación entre coordinación positiva y negativa es posible encontrarla en Ortiz, José, *El principio de coordinación en la organización administrativa*, (Editorial Universidad de Sevilla), 1955, pp. 23-24.

85 En el dictamen N° 24.674, de 2018, y a diferencia de otras ocasiones en que les indica a los servicios qué acciones concretas que deben tomar para coordinarse, Contraloría ordena a la Dirección de Previsión de Carabineros, a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y a la Superintendencia de Pensiones “acordar un procedimiento regular a seguir” para resolver dudas o irregularidades que puedan en

por tanto, debe entenderse como un mecanismo lo suficientemente elástico como para responder a cada caso específico, por lo que cualquier mecanismo, instancia o acción de coordinación que permita un actuar eficaz de los servicios involucrados, y que no trastoque sus competencias o su titularidad, debería considerarse válido.

3.6.2. *Expresiones prácticas*

En su jurisprudencia, la Contraloría se ha referido a diversas manifestaciones de los efectos, positivos y negativos, de la coordinación administrativa. Tales efectos habilitan a los órganos de la Administración para realizar ciertas acciones, y también les imponen ciertos deberes, todos los cuales cambian según el ente y la situación de que se trate, por lo que su configuración es altamente casuística. Nos referiremos aquí a los más relevantes.

Respecto de la primera consecuencia general del principio de coordinación, esto es, el deber de evitar la duplicidad de labores y tareas e interferencia en el ejercicio de las funciones de los órganos de la Administración, en general se traduce en un deber de abstención. En efecto, en los casos en los que la actuación de un órgano entorpezca la unidad de acción que debe observar con la actuación del resto de los órganos de la Administración y, en particular, con los demás órganos competentes en la materia, aquél debe abstenerse de intervenir, aunque sea transitoriamente, para evitar interferencias y duplicidades. Por ejemplo, la Contraloría ha señalado que si un órgano se encuentra conociendo de un asunto y éste se somete al conocimiento de otro, el último debe abstenerse en el intertanto, aunque también sea competente⁸⁶.

Sin embargo, este efecto no se manifiesta solamente en un deber de abstención. En otros casos puede requerir que distintos órganos competentes sobre una determinada materia coordinen su actuar de manera de no interferirse mutuamente. Así, por ejemplo, en los casos en que diversos órganos estén sustanciando procedimientos distintos sobre los mismos hechos u objeto, sujetos a distintas reglas y con distintas finalidades, los órganos involucrados deben actuar coordinadamente con el objeto de que, como resultado de esos procedimientos, no se produzca una calificación de los hechos o un resultado de los procedimientos que sean divergentes o incompatibles entre sí⁸⁷.

relación con los bonos de reconocimiento, de modo de dar cumplimiento al principio de coordinación.

86 Dictamen N° 30.151 de 2018. Este deber de abstención es aplicable incluso a la propia Contraloría.

87 Dictámenes N° 29.159, de 2013, y 90.762 de 2014.

La contracara de este primer efecto -que exige coordinación en los casos en que dos o más órganos sean competentes para actuar- se presenta en los casos en que respecto de un mismo asunto no existe una norma que establezca competencias claras, o en que entes posiblemente competentes no ejercen sus atribuciones porque consideran que otro organismo es quien debe actuar (contienda de competencia negativa). En estos casos, la jurisprudencia administrativa, además de determinar cuál es el ente competente en el caso concreto, ha señalado que, en virtud del principio de coordinación, los órganos de la Administración deben actuar de manera conjunta, coordinadamente⁸⁸. Así, cuando no existe norma que establezca claramente la competencia de un organismo, el deber de coordinación parece adquirir aún más relevancia, en la medida que evita la inacción de la Administración, así como una actuación parcial cuando existen diversos valores en juego a cargo de distintos entes que podrían ser competentes en razón de la materia. Contraloría sostuvo este criterio, por ejemplo, en un caso en que no existía norma reglamentaria vigente que estableciera la forma de ejercer las facultades de administración de distintos organismos sobre un mismo inmueble, donde les ordenó que, mientras aquella no existiera, acordaran los mecanismos para ello, actuando en virtud de, entre otros, el principio de coordinación⁸⁹.

En segundo lugar, en cuanto a la coordinación como deber de concertar medios y esfuerzos para una finalidad común, es necesario apuntar que dicha finalidad puede consistir en un objetivo que dos o más órganos deban alcanzar conjuntamente⁹⁰, o en el deber que tiene un órgano, en el ejercicio de sus funciones, de prestar auxilio a otro órgano en el ejercicio de las suyas⁹¹.

Frecuentemente los fines comunes que los órganos deben perseguir coordinadamente consisten en fines generales de la Administración a los que todos los órganos se encuentran obligados. Un buen ejemplo de cómo un fin común y general habilita realizar acciones de coordinación es la creación del programa Chileatiende. La Contraloría ha indicado que distintos órganos se encuentran habilitados para concertar medios y esfuerzos, a través de la celebración de convenios, para la creación de esta red de atención. En palabras

88 Dictamen N° 35.720 de 2014.

89 Dictamen N° 16.175 de 2016.

90 Por ejemplo, dictámenes N°18.583 de 2018, N°40.853 de 2016 y E64075.

91 Por ejemplo, el Servicio de Registro Civil e Identificación debe coordinarse con el Ministerio de Salud para registrar y fiscalizar los nacimientos que se produzcan en domicilios. Dictamen N°46.029 de 2016.

del órgano contralor, el fin que persigue dicho programa es el de “facilitar el acceso de la ciudadanía a las distintas prestaciones de las entidades públicas a través del mecanismo de la coordinación, para dar cumplimiento al deber de servicialidad”⁹². En virtud del principio de coordinación y a través de la celebración de acuerdos de colaboración, cada uno de los organismos que intervienen en el programa, actuando dentro de la esfera de sus atribuciones, propenden a un fin general que es común a todos los entes de la Administración, al crear un canal de comunicación entre la ciudadanía y el órgano al que quieran acceder.

Por otra parte, de la jurisprudencia se puede extraer un deber general de los entes administrativos de prestarse ayuda entre sí, en virtud, entre otros, del principio de coordinación. Dicho auxilio puede tomar diversas formas pero, en general, consiste en la realización de actividades materiales, facilitación de recursos, y en la entrega de información. Sin embargo, el principio de coordinación también puede requerir de actividad formal de la Administración. En cualquier caso, tanto el órgano que presta dicho auxilio, como aquél que lo recibe, debe hacerlo siempre en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Respecto de la actividad formal, la Contraloría ha señalado que, en los casos en que dos órganos deban realizar acciones que recaigan sobre una misma materia, éstos deben coordinarse para adecuar los reglamentos pertinentes que la regulan, de manera que les permitan resguardar la unidad de acción, evitar conflictos de competencia, y hacer efectivo el principio de coordinación⁹³. Este efecto alcanza incluso al deber de solucionar conjuntamente las dificultades que se produzcan durante la vigencia de la acción coordinada, es decir, no se satisface solamente con un acto inicial de coordinación -como la dictación de un acto administrativo o la celebración de un convenio- sino que se prolonga durante toda la vigencia de dicho acto⁹⁴.

Una de las expresiones prácticas más relevantes de este segundo efecto de la coordinación es el de entregar o compartir información entre distintos entes de la Administración. La Contraloría ha señalado que, en general, ello

92 Dictamen N° 210 de 2014.

93 Dictamen N° 60.358 de 2016. En la actualidad, el artículo 37 bis de la LBPA, impone un deber de coordinación (en específico, solicitar informe) para aquel órgano que dicte un acto administrativo de carácter general que pueda tener “claros efectos” en los ámbitos de competencia de otro órgano administrativo.

94 Por ejemplo, si se ha celebrado un convenio entre dos órganos, en virtud del principio de coordinación éstos tienen el deber de resolver los problemas que surjan durante su vigencia. Dictamen N°94.407 de 2014.

es una herramienta idónea para dar cumplimiento al deber de coordinación⁹⁵. Actualmente, la jurisprudencia entiende que los órganos administrativos no necesitan habilitación legal expresa para solicitar información o para proveerla, ya que ésta surge de las normas generales sobre coordinación⁹⁶, siempre que lo hagan en el ejercicio de sus funciones. Un criterio semejante ha aplicado respecto de las solicitudes de informe, en situaciones en que no existe una habilitación legal específica para solicitarlos⁹⁷, aunque se debe tener presente que la LBPA reconoce la posibilidad de requerirlos (artículo 37 y siguientes). Sin embargo, este no fue siempre el criterio del órgano contralor⁹⁸. Si bien hace un par de décadas había señalado que el Presidente de la República tiene una facultad amplia para requerir informes de los organismos de la Administración del Estado⁹⁹, el reconocimiento de una facultad análoga a los mismos entes ha sido más reciente.

Al respecto, uno de los casos más relevantes que se encuentra en la jurisprudencia administrativa es el relativo a la determinación de la naturaleza de las máquinas de juego por parte de las municipalidades. En el desarrollo de dicha jurisprudencia pueden identificarse tres períodos. En el primer período, Contraloría determinó que los Municipios tenían el deber de adoptar las medidas de coordinación necesarias para que todas las autoridades con competencias en la materia manifestasen su opinión¹⁰⁰. En el segundo período, Contraloría indicó que los municipios debían consultar el catálogo de juegos aprobado por la Superintendencia de Casinos y Juego (SCJ)¹⁰¹ a la vez que consideró improcedente que la SCJ informare a las municipalidades respecto de la naturaleza de las máquinas de juego, ya que no contaban con habilitación legal para ello¹⁰². Finalmente, en el tercer período, en que surge el criterio actualmente vigente, el ente contralor ha señalado que si la municipalidad que debe resolver sobre la solicitud de patente de juego, después de haber consultado el catálogo de la SCJ, sigue teniendo dudas sobre la naturaleza de

95 Dictamen N° 14.811 de 2019.

96 Dictámenes N° 32.733, de 2019; y 5.364, de 2020.

97 Por ejemplo, dictámenes N° 92.308 de 2016 y 25.715 de 2019.

98 Ver dictamen N° 23, de 2015.

99 Dictamen N° 41.532, de 1994.

100 Dictámenes N° 11.195 de 2006, 59.614, y 79.614 de 2006; 58.881, de 2007; y 34.634, de 2012.

101 Dictámenes N° 46.631 de 2011; 3.366, de 2012; 1.857 y 70.127, de 2014; 23, de 2015; y 92.308 de 2016.

102 Dictamen N° 23 de 2015.

la máquina o ésta no se encuentra en el catálogo, debe pedir informe a la SCJ, en virtud del deber de coordinación administrativa. Además, en caso de determinarse que una máquina no se encuentra en el catálogo de la SCJ, la municipalidad deberá exigir que el solicitante de la patente acompañe un informe de dicha superintendencia donde conste que el juego no es susceptible de ser incorporado a dicho registro¹⁰³. Como se ve, la Contraloría, progresivamente, ha ampliado el alcance y especificado el contenido del efecto del principio de coordinación para este caso, llegando incluso a crear una carga para los solicitantes que no se encuentra contemplada en la ley.

Además de la facultad de solicitar y emitir informes, la jurisprudencia administrativa se ha referido a otros deberes de información más precisos y circunscritos en cuanto a su alcance. Así, por ejemplo, si para la aplicación de una ley a cargo de un determinado organismo es necesaria su interpretación por parte de otro al cual la ley ha otorgado facultades para ello, el primero debe poner los antecedentes necesarios a su disposición para que se pronuncie¹⁰⁴.

Asimismo, en virtud del principio de coordinación, los organismos de la Administración tienen la facultad de informar los errores de juicio de los que toman conocimiento en el ejercicio de sus competencias, cometidos por otro ente administrativo¹⁰⁵. También deben comunicar irregularidades que pudieran caer dentro del ámbito de competencias de otro ente para permitir el ejercicio sus facultades fiscalizadoras¹⁰⁶, y en general, tienen el deber de informar de hechos que, encontrándose dentro de la esfera de competencias de otro órgano, pueden dar lugar al ejercicio de sus atribuciones¹⁰⁷.

Cuando reformas legales alteren ciertas facultades de un ente y se las entreguen a otro, aquel que tenía asignada originalmente la competencia tiene el deber de entregar al ahora competente todos los antecedentes necesarios

103 Dictámenes N° 25.496, de 2013; 34.267, de 2015; 92.308, de 2016; y 25.715, de 2019.

104 Dictámenes N° 97.593, de 2014, y 65.068, de 2016. Cabe agregar que esta materia, y el criterio de la Contraloría, terminó siendo conocido y validado por la Corte Suprema Rol 19.054-2018, 30-10-2018.

105 Dictamen N° 3.931, de 2011.

106 Dictámenes N° 68.014, de 2013; 27.985, de 2015; y, 61.224 y 65.068, de 2016.

107 Por ejemplo, si una Dirección de Obras Municipales toma conocimiento de trabajos que deberían ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debe informarle a la Superintendencia de Medioambiente. Dictamen N° 11.759, de 2017. También si se trata de hechos que el ente al cual se remiten los antecedentes debería fiscalizar N° 26.279, de 2019. También debe hacerlo si tiene dudas o discrepancias sobre la competencia de la entidad administrativa a la que debe informar, ya que es el organismo técnico en la materia el que debe adoptar la decisión. Dictamen N° 23.683, de 2017.

para el ejercicio de la función¹⁰⁸. En una línea similar, en el contexto de la creación de una nueva Dirección Regional en un determinado organismo, Contraloría ha validado que los procedimientos vigentes no se traspasen al nuevo órgano de manera inmediata, como lo exige la ley, para no afectar, entre otros, el principio de coordinación¹⁰⁹.

Por otra parte, en virtud del principio de coordinación, un órgano de la Administración puede requerir a otros el uso de medios materiales para aplicarlos al cumplimiento de sus funciones en ciertos casos. Primero, cuando el órgano solicitante no tiene los medios para realizar cierta acción y el órgano requerido es el único que puede satisfacer dicha necesidad (por ejemplo, funcionarios de un servicio que necesitan viajar a la Antártica, siendo la Fuerza Aérea de Chile la única entidad que realiza vuelos a ese lugar¹¹⁰). También se aplica este deber en circunstancias extraordinarias que los órganos deban enfrentar, como el de contar con una ambulancia en una comisaría para permitir la constatación de lesiones sin la necesidad de llevar a los detenidos a un centro asistencial, en una situación en que su traslado era difícil o peligroso¹¹¹ y, especialmente, en casos de urgencia o peligro para la vida e integridad física de las personas, como en el de una emergencia sanitaria o de una catástrofe natural (existiendo, en este caso, normas o atribuciones legales de coordinación)¹¹².

La posibilidad de utilizar medios de otros organismos no se limita a sus recursos materiales. En virtud del principio de coordinación, también pueden utilizar resultados de procedimientos que hayan realizado otros entes con el mismo objeto aunque en el marco de un procedimiento distinto, lo que se relaciona también con el deber de evitar duplicidad de labores y el de resguardar el uso de los recursos públicos¹¹³.

108 Dictamen N° 35.817, de 2012.

109 Dictamen N° 22.148, de 2018.

110 Dictamen N° E34422, 2020.

111 Dictamen N° E84787, de 2021.

112 Dictamen N° 41.511 de 2014. En este caso, el uso de automóviles para el retiro de basura en el caso de una emergencia sanitaria. También dictamen N° 92.201 de 2016, referido al uso de helicópteros de las Fuerzas Armadas para colaborar con la Corporación Nacional Forestal en la extinción de incendios forestales.

113 Por ejemplo, el resultado de una consulta indígena puede ser utilizado por otro órgano que deba realizar la misma diligencia respecto del uso de un mismo terreno o recursos por el mismo solicitante. Dictamen N° 25.667, de 2019.

Finalmente, en algunos casos, el principio de coordinación habilita a los órganos de la Administración a desarrollar acciones que, en principio, se encuentran fuera de sus competencias, mediante la colaboración de otros órganos que tengan competencias sobre la materia. Por ejemplo, la Contraloría ha señalado que las municipalidades pueden realizar acciones de promoción turística de sus comunas si lo hacen mediante la celebración de convenios interinstitucionales con el Servicio Nacional de Turismo o el Ministerio de Relaciones Exteriores, según corresponda¹¹⁴. Asimismo, en casos de emergencia, las municipalidades, que por regla general ejercen sus competencias en una comuna o agrupación de comunas, se encuentran facultadas para actuar fuera de dichos límites si lo hacen en coordinación con órganos competentes que puedan prestarles auxilio en tales situaciones¹¹⁵.

Como tercera consecuencia, respecto de la actividad unilateral de la Administración, emana del principio de coordinación un deber general de respetar los actos que han dictado otros órganos¹¹⁶, deber que se relaciona también con el principio de legalidad¹¹⁷. En el ejercicio de sus atribuciones, por tanto, los órganos de la Administración del Estado deben considerar, respetar y armonizar sus actos formales y materiales con los actos que dicten los demás órganos. Así, por ejemplo, en un dictamen reciente, el órgano contralor señaló que los Jefes de la Defensa Nacional nombrados en cada región a propósito de la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, deben respetar las medidas adoptadas en los actos administrativos adoptados por el Ministerio de Salud para evitar la propagación del Covid-19.

4. La coordinación administrativa según la Tercera Sala de la Corte Suprema: Fallos de 2020

Durante el 2020, siguiendo con una tendencia adoptada y desarrollada desde hace algunos años, la Tercera Sala de la Corte Suprema dictó varias sentencias referidas al principio de coordinación. En ellas, la Corte ha ido estableciendo ciertos criterios relevantes para su interpretación y aplicación. En esta línea,

114 Dictamen N° 19.402, de 2019.

115 Dictamen N° 3.000, de 2017.

116 Dictamen N° 88.514, de 2015.

117 Dictamen N° E64224, de 2020. Asimismo, la adquisición de un inmueble por parte del Ministerio de Bienes Nacionales para la construcción de un inmueble debe considerar las modificaciones de un plan regulador en tramitación. Dictamen N° 64.193 de 2011. En algunos casos, la falta de observancia del deber de coordinación en este aspecto puede dejar sin objeto de los actos que se dicten. Por ejemplo, dictamen N° 29.159 de 2013.

avanzó en la caracterización de la naturaleza, el alcance, y el estándar de actuación que impone el principio de coordinación.

Para comenzar, parece relevante señalar que en los casos en que nuestro máximo tribunal ha aplicado el principio de coordinación a la resolución de una controversia, la alusión a este principio ha tenido lugar, de manera prácticamente exclusiva, en la Corte Suprema y no en las instancias inferiores en que se discutieron los mismos conflictos. Es decir, las Cortes de Apelaciones no aludieron al principio de coordinación al conocer de este conjunto de casos. Así, en todas las decisiones revisadas, fue el máximo tribunal el que introdujo el principio de coordinación al debate por iniciativa propia. Por otra parte, todos los casos aquí referidos involucran a privados y fueron iniciados mediante la interposición de recursos de protección.

4.1. La naturaleza del principio de coordinación

En cuanto a su naturaleza, la Corte ha señalado que la coordinación es un principio estructurante de la organización de la Administración del Estado, el que debe aplicarse en los casos en que las competencias de dos o más órganos concurren sobre un mismo asunto, es decir, donde la intervención administrativa es compleja. Más aún, ha señalado que la coordinación es una obligación para los órganos de la Administración, la que deriva de la unidad del sistema administrativo y del principio de eficacia que la ley establece¹¹⁸. Por tanto, dicho precepto no formula una mera recomendación, deseo o aspiración, sino un deber para los órganos de la Administración del Estado, el que éstos se encuentran en la obligación de cumplir¹¹⁹. El deber de coordinación, ha señalado la Corte, es un imperativo jurídico que pone a los órganos administrativos en el deber de coordinarse, bajo la pena de incurrir en responsabilidad, lo que refuerza la idea de que se trata, efectivamente, de un deber y no de un mero principio.

4.2. El alcance del principio de coordinación

Por otra parte, en distintos fallos dictados el año 2020, la Corte Suprema señaló que el deber de coordinación no sólo alcanza a los órganos de la Administración del Estado, sino que rige incluso a las empresas del Estado, a concesionarias de servicio público y a los privados en general.

¹¹⁸ Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°7.

¹¹⁹ Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°9.

En primer lugar, la Corte ha establecido que las concesionarias de servicios públicos y los privados tienen el deber de coordinarse con los órganos del Estado competentes en el ámbito de la actividad que desarrollan. Así, conociendo de una apelación de un recurso de protección interpuesto en contra de la Dirección de Vialidad de la Región Metropolitana y de la Municipalidad de Talagante, la Corte Suprema señaló que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la LOCBGAE, tanto la Dirección de Vialidad como la Municipalidad recurrida, la Compañía General de Electricidad, en su carácter de empresa concesionaria del servicio eléctrico, como los dueños de los predios aledaños a la vía pública, estaban obligados a coordinarse para que cada uno de ellos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia y deberes, realizaran las gestiones necesarias para mantener los árboles existentes tanto en la vía pública y en los predios particulares en buen estado, de manera de evitar peligro o daños a la vida y seguridad de las personas y bienes¹²⁰.

En segundo lugar, la Corte ha determinado que el deber de coordinación existe incluso en los casos en que sean dos concesionarias de servicio público las que deban coordinarse entre sí, es decir, el deber existe aún sin la intervención de algún órgano de la Administración del Estado. Así, en un caso, la Corte estableció que, debido a su calidad de prestadoras de un servicio público, el artículo 5 de la LOCBGAE exigía a Essbio y a Endesa el cumplimiento del deber de coordinación y, por tanto, al no haberse coordinado entre sí, ambas concesionarias habrían incumplido dicho deber, vulnerando lo dispuesto en tal precepto legal¹²¹. Así lo decidió también la Corte en otra sentencia, en la que estableció que el mismo deber de coordinación pesaba sobre otras dos concesionarias de servicio público, en ese caso, Metrogas y Enel¹²².

Finalmente, la Corte ha señalado que la coordinación se aplica a las empresas públicas creadas por ley. En un caso, conociendo de la apelación de un recurso de protección interpuesto contra el Servicio de la Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana y el Banco del Estado de Chile, estableció que ambas entidades, en cuanto órganos de la Administración del Estado, debían dar cumplimiento al deber de coordinación¹²³. Esta conclusión es relevante, en la medida que sobre las empresas públicas pesa el mandato constitucional de

¹²⁰ Corte Suprema, Rol 14.430-2019, I-4-2020.

¹²¹ Corte Suprema, Rol 33.588-2020, II-II-2020.

¹²² Corte Suprema, Rol 33.588-2019, II.II.2020, C°II y C°12.

¹²³ Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°7.

someterse a la legislación común aplicable a los particulares (artículo 19, N° 21), y por tanto da cuenta de la amplitud que la Corte está dando al principio de coordinación en cuanto a los sujetos obligados.

4.3. El estándar de actuación que impone el principio de coordinación

En sus fallos, la Corte Suprema ha ido estableciendo algunos elementos del estándar que los sujetos regidos por el principio de coordinación administrativa deben satisfacer para darle cumplimiento.

Por una parte, ha señalado que se incumple el deber de coordinación cuando se condiciona la tramitación de una petición al aporte, por parte del solicitante, de documentos que se encuentran en poder de otro órgano de la Administración, ya que el deber de coordinación obliga a la autoridad ante la cual se tramita la solicitud a obtener dichos antecedentes directamente desde el órgano que se encuentra en posesión de aquéllos. Así, la Corte declaró que el Departamento de Extranjería y Migración debió haber solicitado directamente el certificado de antecedentes del solicitante a la Policía de Investigaciones, en vez de negarse a tramitar su solicitud fundándose en la falta de presentación de dicho documento¹²⁴.

Por otra parte, la Corte Suprema ha indicado que ciertas acciones no dan cumplimiento al deber de coordinación. Así, crear instancias de coordinación, como la realización de reuniones entre los distintos entes que tienen competencias sobre una determinada materia, no cumple con el estándar que exige la ley. En el caso concreto, al limitarse a realizar reuniones de coordinación entre órganos de la Administración, para luego declarar que no tenían competencias para actuar en ese caso concreto, los órganos competentes habían incurrido en una omisión ilegal que incumplía sus deberes de coordinación¹²⁵.

Finalmente, del estado actual de la jurisprudencia del máximo tribunal, no resulta simple extraer un estándar que permita determinar cuándo los sujetos obligados han dado cumplimiento al deber positivo de coordinación administrativa. En principio, de su jurisprudencia reciente es posible extrapolar que el principio de coordinación administrativa supone un estándar bastante alto, que exige la adopción de acciones precisas y concretas, que tengan la aptitud de evitar riesgos y daños, y que permita al órgano o sujeto obligado dar cumplimiento al resto de sus competencias vinculadas en el asunto.

¹²⁴ Corte Suprema, Rol 43.774-2020, 13-07-2020, C°6.

¹²⁵ Corte Suprema, Rol 79.105-2020, 30-11-2020, C°5 y C°8.

Al respecto, la Corte ha sostenido que, en virtud del deber de coordinación, las autoridades están obligadas a ejecutar “acciones precisas” y “cuando menos” las acciones necesarias para evitar riesgos y daños¹²⁶. Así, el máximo tribunal entiende que el principio de coordinación administrativa obliga a obtener ciertos resultados o a impedir resultados negativos. Es decir, podríamos entender que exige una cierta calidad óptima en los efectos de la actuación de la Administración y, en general, de los órganos obligados por el principio de coordinación administrativa.

4.4. El alcance del artículo 37 bis de la ley N°19.880 en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Al intentar configurar el deber general de coordinación administrativa, la Corte Suprema ha aludido reiteradamente al artículo 37 bis de la LBPA. Esta norma dispone que, cuando un órgano de la Administración deba dictar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, aquél tiene la obligación de solicitar informe a éste. Sin embargo, la Corte Suprema ha invocado esta norma en casos en que no concurren sus supuestos, dándole un alcance más general que aquél que se desprende de su literalidad.

Así, en un caso la Corte Suprema señaló que la Municipalidad recurrida -en este caso, la de Requínoa- se encontraba en el deber de pedir informe a la Dirección de Vialidad para precaver el conflicto de normas urbanísticas que le llevó a ordenar la clausura de un establecimiento industrial¹²⁷. En este caso, la sentencia configuró el deber de coordinación, y específicamente el deber de solicitar informe, citando el artículo 37 bis de la LBPA, sin que se hubiera dictado ni se debiera dictar una norma de carácter general, que es el tipo de actos a los que dicha disposición se refiere.

El punto anterior es relevante, en la medida que la Corte Suprema señaló, tanto en este fallo como en otra sentencia del 2020, que el artículo 37 bis establece una “directriz” que obliga a la coordinación en todo procedimiento

¹²⁶ Corte Suprema, Rol 79.105-2020, 30-II-2020, C°8. En este caso, la Corte señaló que los órganos competentes, en virtud del principio de coordinación, tenían el deber de “ejecutar, cuando menos, las acciones precisas para concretar las medidas de carácter urgente que se estimen precisas e inexcusables para evitar los peligros denunciados en el recurso de protección materia de autos”. Es decir, “cuando menos” los órganos tenían el deber de evitar los peligros que sobre la vida y la propiedad podría causar un aluvión en el cerro Manquimávida en la Región de Bío-Bío.

¹²⁷ Corte Suprema, Rol 27.587-2020, 19-05-2020, C°6.

administrativo¹²⁸. Como se ve, la Tercera Sala ha dado a esta norma legal un alcance amplio que parece aplicar a la dictación de cualquier acto administrativo, lo que deja de lado la distinción entre actos generales y singulares, cuando, según el texto de la LBPA, aquél se refiere solamente a los primeros.

5. Conclusiones

En nuestro país, dada la forma de Estado y de Administración que tenemos, gran parte de las coordinaciones de los entes administrativos se logran a partir de las relaciones de jerarquía o tutela. Sin embargo, ello no obsta a que la coordinación, como principio de la organización y actuación administrativa, sea relevante para el logro de los objetivos de interés general que tienen la organización administrativa a su cargo.

En dicho sentido, la coordinación constituye un principio general, consagrado ya en la misma LOCBGAE, que la jurisprudencia administrativa y judicial aplica consistentemente como exigencia de buen funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus vertientes, que para Contraloría se traducen en: el deber de evitar duplicidades e interferencias entre sí, la posibilidad de concertar medios o acciones conjuntamente para el mejor cumplimiento de sus fines, y el deber de respeto de los actos administrativos de otros entes. Además, el ente contralor le ha dado una aplicación al principio no solo entre servicios u organismos administrativos, sino que también como una exigencia del funcionamiento interno de los servicios públicos, aspecto que pocas veces es notado, pero que ha llevado a la jurisprudencia administrativa a definir reglas para el ejercicio de las tareas de coordinación interna, cuyo estudio, lamentablemente, excede el objeto de este trabajo.

En general, las acciones prácticas que conllevan la aplicación de este principio se presentan con una gran heterogeneidad. Así, la elasticidad de formas que puede adquirir la coordinación es una de sus principales características, en la medida que la variedad de acciones (u omisiones), instancias, instrumentos y facultades de coordinación que es posible ver en la jurisprudencia administrativa muchas veces responden y se ajustan a las situaciones específicas y concretas en que se mueven los organismos administrativos involucrados. Ello es precisamente lo que hace que la coordinación permita alcanzar objetivos o fines de la intervención administrativa que los entes administrativos no lograrían aisladamente.

¹²⁸ Corte Suprema, Rol 27.587-2020, 19-05-2020, C°6 5 y Corte Suprema, Rol 127.435-2020, 30-II-2020, C°7.

En variadas ocasiones, el principio de coordinación es el “correlato de la especialidad de la competencia de los órganos de la administración, con el fin de que exista entre ellos unidad de acción”¹²⁹, evitando así los problemas que puede producir la compartimentalización propia de la creación de organismos para atender sectores o materias específicas. A nuestro entender, también resulta útil en caso de que existan competencias compartidas o concurrentes de dos o más entes en cualquiera de sus formas: competencias distintas sobre una misma materia; competencias sobre temas diversos, en que sus facultades se entrecruzan respecto de ciertas acciones; competencias para realizar las mismas actuaciones (competencia indistinta); aquellas que solamente se pueden poner en movimiento si otro organismo no ejerce las propias (subsidiaria); o facultades cuyo ejercicio por parte de un ente inhibe la posibilidad de que otros actúen (alternativa)¹³⁰.

Además del principio de coordinación de la LOCBGAE, diversas normas legales establecen instrumentos, facultades o instancias de coordinación, las que tienen un peso específico mayor que las exigencias derivadas del primero. Esto es relevante, porque los efectos, en cuanto a las obligaciones correlativas de los entes coordinados, son distintas. Sin embargo, incluso en los casos de facultades legales de coordinación, existe una diferencia entre las relaciones de coordinación y las de jerarquía, como lo ha notado la jurisprudencia administrativa.

Por su parte, a partir del principio de coordinación, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha construido un estándar de actuación que exige de los organismos de la Administración cierta calidad óptima en los resultados de sus acciones. Dicho estándar se encuentra todavía en desarrollo, por lo que la jurisprudencia de los próximos años será la encargada de establecer con mayor claridad cuáles son los elementos que la configuran. Por el momento, contamos con algunos criterios respecto de qué acciones se consideran insuficientes para satisfacer el deber de coordinación, y con algunos enunciados generales respecto de la necesidad de realizar acciones precisas aptas para evitar riesgos y daños. Es decir, hasta ahora, para el máximo tribunal, el cumplimiento de este deber se califica por los resultados de las acciones que hayan adoptado los entes obligados.

Asimismo, la Corte ha extendido la aplicación de dicho principio en cuanto a los sujetos a quienes obliga, de modo que éste ha llegado a abarcar no sólo

129 Dictamen N° 290, de 1993.

130 Sánchez Morón, Miguel, *Op. cit.* nota 22, pp. 247-248.

la actuación de la Administración sino incluso la de entes externos a ésta como, por ejemplo, a los concesionarios de servicios público, los que deben actuar en coordinación con los organismos competentes en el sector en que se desempeñan.

Finalmente, la amplitud que la Corte Suprema ha dado al principio de coordinación alcanza también a la interpretación de normas legales que establecen reglas específicas sobre acciones de coordinación, a las que la Corte ha dado una aplicación que parece ser más comprensiva que lo que se desprende de su tenor literal.

LA ADMINISTRACIÓN INVISIBLE BAJO LA MIRADA DE LA CONTRALORÍA

José Miguel Valdivia¹

Resumen

El presente artículo analiza las implicancias de dos relevantes pronunciamientos de la Contraloría General de la República del año 2020, sobre el régimen jurídico de las entidades que forman parte de la administración del Estado, pero que revisten formas organizacionales propias del derecho privado. Dichos dictámenes permiten concluir que estas instituciones, a pesar del lugar excepcional que detentan, se encuentran bajo el influjo del derecho público y las consecuencias que se derivan de este hecho.

Introducción

Dos de los pronunciamientos más relevantes emitidos por la Contraloría General de la República durante 2020 conciernen al régimen jurídico de las entidades que, perteneciendo en mayor o menor grado a la administración del Estado, revisten formas organizacionales propias del derecho privado (característicamente, corporaciones o asociaciones y fundaciones). El terreno es de importancia más teórica que práctica, porque en la multiplicidad de instituciones que pueblan u orbitan la administración chilena, aquellas que revisten formas “privadas” ocupan un lugar por completo excepcional. Ahora bien, por excepcional que sea, su sola presencia plantea preguntas relevantes para el derecho administrativo y su pretensión de cubrir el conjunto de aspectos propios de la organización o funcionamiento de la administración.

¹ Doctor en derecho por la Université Paris II, Panthéon-Assas, abogado por la Universidad de Chile; profesor de derecho administrativo en la Universidad de Chile, investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom). El autor agradece la colaboración del ayudante de investigación señor Tomás Izquierdo S.

La Contraloría ataca a la más significativa de estas instituciones, tanto por su dimensión (o al menos, extensión territorial) como por la amplitud de sus tareas, la Corporación Nacional Forestal (Conaf), a la que llega a calificar de “entidad [que] se enmarca en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. Por otra parte, la Contraloría paraliza un proyecto de fundación integrada por aportes estatales y privados, denominada Data Observatory, exigiendo que su constitución se supedite a una licitación pública. Se trata de dos cuestiones muy distintas, pero de profundas implicancias.

Por un buen tiempo, tanto la magnitud cuantitativa del fenómeno como, consecuentemente, la limitada aptitud para generar problemas jurídicos, han propiciado la estabilidad de las soluciones del derecho positivo en este ámbito. Los dictámenes que aquí se analizan muestran que la materia no está abandonada al derecho privado, sino que el derecho público ejerce un fuerte influjo en ella, pudiendo llegar a reconfigurarla.

El análisis que sigue recae separadamente sobre los dos pronunciamientos referidos, pero previamente se ofrece una presentación general del fenómeno en que inciden.

1. La “administración invisible”

Esta terminología, acuñada por Eduardo Soto Kloss², da cuenta de instituciones *grosso modo* estatales (porque cumplen funciones públicas y son controladas por el Estado) que operan bajo formas jurídicas comunes en la actividad de los privados.

Se trata de formas jurídicas acordes con las funciones administrativas comunes. A diferencia de lo postulado en la teorización de Soto Kloss o, más tarde, en la de administración paraestatal imaginada por Pedro Pierry³, cabe excluir de la categoría a aquellas formas institucionales que tienen aptitud o carácter mercantil, como las sociedades, porque el fenómeno del Estado empresario al cual se adscriben estas instituciones está sujeto, de un modo más relevante, a un régimen jurídico singular. En suma, la administración invisible está conformada por personas jurídicas no lucrativas de derecho privado, vale decir, por asociaciones o corporaciones y por fundaciones,

2 Soto Kloss, Eduardo y Reyes, Gustavo, *Régimen jurídico de la Administración del Estado* (Editorial Jurídica de Chile), 1980, p. 29.

3 Pierry, Pedro, “Cambios en la estructura de la administración del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, N° 33-34, (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile), 1983, pp. 101-115.

constituidas en general conforme a las reglas tradicionales del Código Civil.

En la medida que, por imperativo constitucional, la organización administrativa es configurada o moldeada por la ley (Constitución, art. 65, inc. 4 N° 2), el origen formalmente privado de estas instituciones las invisibiliza para efectos del derecho administrativo. Estas instituciones no integran los “cuadros” orgánicos de la administración del Estado, su personal no se rige por el estatuto administrativo (*i.e.*, por el derecho administrativo) sino por el derecho laboral o por el derecho privado general, y sus actuaciones –unilaterales o contractuales– no se encauzan en los regímenes propios de derecho público, sino en el derecho privado⁴.

El recurso a instituciones privadas por parte del Estado tiene una justificación pragmática evidente, pues tanto el procedimiento de creación de instituciones estatales, como su funcionamiento mismo, están sujetos a un régimen jurídico que comporta una serie de limitaciones: trámites o gestiones demorasas, controles administrativos y judiciales. En contraste, el carácter formalmente privado de estas instituciones supone una mucho mayor agilidad. Su configuración jurídica no depende de las vicisitudes parlamentarias sino de negocios jurídicos más o menos simples cuya máxima formalidad pasa por autorizaciones notariales (y eventuales controles administrativos). Además, su funcionamiento está liberado de los requisitos formales y sustantivos del derecho público: sus decisiones corporativas suponen acuerdos que sólo eventualmente requieren autenticación por ministros de fe y sus compras u operaciones contractuales corrientes no requieren de procedimientos competitivos como las licitaciones. Así, pues, desde la perspectiva de la eficacia, son innegables las ventajas que ofrece el modelo de las instituciones privadas por sobre la organización administrativa.

Con todo, aquello que se gana en eficacia se pierde en las limitaciones inherentes al derecho administrativo, que son funcionales al interés general. La observancia del principio de legalidad, rigurosa en el sector público, adquiere flexibilidad en el sector privado. La atribución de prerrogativas de acción, que respecto de organismos administrativos requiere siempre de discusión parlamentaria, depende de meros instrumentos corporativos tratándose de instituciones privadas. Consecuentemente, los controles aplicables a la gestión de organismos públicos, como el que característicamente juega la Contraloría

4 Con todo, varias de ellas son consideradas integrantes del “sector público” para efectos de las finanzas públicas (Decreto Ley N° 1.263, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, art. 2). Es común que estas instituciones también reciban fondos del Presupuesto Nacional.

en nuestro medio, no están diseñados para operar respecto de instituciones privadas. El derecho administrativo chileno tiene una base orgánica cierta (es decir, este derecho se aplica a genuinos organismos administrativos), que no se extiende a las instituciones configuradas siguiendo el derecho privado.

Así, la existencia de entidades públicas de derecho privado revela (al menos) dos intereses públicos en tensión, que en términos muy generales pueden reconducirse al de la eficacia y el de la legalidad. La persistente creación de estas entidades, propiciada por la administración y el legislador, da cuenta de la relevancia del primero de estos intereses. Por su parte, un discurso bastante asentado en la academia deplora la “huida del derecho administrativo”⁵, fórmula de innegable carga peyorativa, en cuanto se aproxima a la idea de evasión de determinadas reglas⁶. Ahora bien, en sí misma la idea de *huida* no es asimilable a otras nociones que la teoría jurídica ha concebido para identificar la transgresión del orden legal, como ocurre con el paradigma del fraude a la ley. Bajo el ropaje de la huida del derecho administrativo se esconden a veces simples reglas especiales de gestión pública, más flexibles que las que entraña el derecho administrativo general: por ejemplo, la exención del régimen funcional para los empleados de determinadas instituciones, que quedan sujetos al derecho laboral común⁷. *Prima facie*, la huida del derecho administrativo da cuenta de un apartamiento respecto de los estándares comunes del derecho administrativo, pero no necesariamente de una ruptura de los principios jurídicos.

En buena medida, la dificultad que presenta identificar en la huida una genuina ilegalidad proviene del origen legislativo de las soluciones singulares que consagran una actuación de la administración conforme al derecho privado. Una excepción legal, aunque sea criticable política o sistemáticamente, no

5 La terminología proviene originalmente de Clavero, Manuel, “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las administraciones autónomas”, en Documentación administrativa, N° 58, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1962, pp. 13-35; aunque en ese caso en referencia al régimen jurídico de los órganos públicos autónomos. Con posterioridad, la doctrina adaptó el término para referirse a la externalización de funciones administrativas en instituciones de derecho privado. P. ej., ver Del Saz, Silvia, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en Revista de Administración Pública, N° 133, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1994, pp. 57-98; y Bermejo, José Luis, “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del derecho administrativo”, en Sosa, Francisco y Martín, Ramón (coords.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Universidad de Alicante), 2000, pp. 935-960

6 Es el sentido inicial de la expresión empleada por Clavero, *Op. Cit.*

7 Ejemplo de “privatización” según Garrido Falla. Garrido, Fernando, “Privatización y reprivatización”, en Revista de Administración Pública, N° 126, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1991, pp. 7-26.

es contraria a derecho. Advirtiendo estas limitaciones del discurso centrado en la huida, algunos han imaginado la existencia de reservas constitucionales de administración⁸, de modo de que ni siquiera su transgresión por medio de la ley escape a la censura. Estas reservas denotarían ámbitos del quehacer público que, por disposición constitucional, sólo pueden ser cubiertos por la administración del Estado bajo un régimen de derecho administrativo; extensivamente, podría pensarse en reservas de derecho administrativo, de modo que éste no pueda ser eludido en la gestión pública⁹. Con todo, al menos en el derecho chileno, la configuración constitucional del derecho administrativo admite un grado extremadamente importante de colaboración legislativa, de modo que (con raras salvedades) los criterios básicos de gestión de la administración pública siempre pueden ser excepcionados por medio de normas legales.

En suma, el argumento de la huida del derecho administrativo no puede reconducirse sin más a una violación de la Constitución. De hecho, en sus principales pronunciamientos sobre la cuestión, para criticar la *huida* provocada por la creación de entidades instrumentales de derecho privado, el Tribunal Constitucional ha dirigido simples apreciaciones de política legislativa a los poderes públicos, en el sentido de que no “resulta constitucionalmente aconsejable la creación por las municipalidades de estas corporaciones de derecho privado, ya que éstas podrían ser utilizadas como mecanismos para contravenir las limitaciones constitucionales que rigen la acción de los municipios”¹⁰ o representando “a los poderes colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas”¹¹.

Ahora bien, la singular elasticidad que confiere el derecho privado también puede ser problemática, especialmente cuando colisiona con bienes de importancia pública, como la transparencia, el control presupuestario o, más ampliamente, el principio de legalidad. Parece anómalo que el sometimiento de una institución estatal al derecho privado la exima de una serie de controles y regulaciones valiosos en la gestión del Estado. Sin embargo, tanto en Chile como en el derecho comparado (especialmente en el derecho español), la implementación paulatina de principios clásicamente asociados al derecho público por las personas jurídicas de derecho privado que cumplen funciones públicas ha

8 Es el método seguido por Del Saz, *Op. Cit.*

9 Argumento de García de Enterría y Fernández. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, T. I., 14^o Ed. (Thomson-Civitas), 2008, pp. 411 y ss.

10 Tribunal Constitucional, Rol 50-87, sentencia de fecha 31 de diciembre de 1987.

11 Tribunal Constitucional, Rol 1024-08, sentencia de fecha 7 de enero de 2008.

permitido reducir la magnitud de estos problemas. Ahora bien, no es sencillo justificar la aplicación de estos principios a entidades de derecho privado.

Algunos autores han propuesto recurrir a la técnica del “levantamiento del velo”¹², conocida en el ámbito del abuso de la personalidad jurídica en derecho privado. Sin embargo, mecanismos como ese solo pueden utilizarse en presencia de conductas ilícitas, como el fraude a la ley o el abuso del derecho, que no son sencillas de acreditar en la gestión de asuntos públicos y menos si se cuenta con alguna cobertura legal. En este escenario, parece más sencillo dirigir mandatos de actuación a los órganos o entes públicos que actúan por medio de estas instituciones, para que apliquen orientaciones inspiradas en el derecho administrativo, para el mejor cumplimiento de sus tareas *grosso modo* estatales.

Otros autores han puesto énfasis en la progresiva difuminación de la división entre el derecho público y el derecho privado, mostrando que ambas disciplinas comparten una “esfera pública” en que ambos funcionan y se correlacionan¹³. En esa línea, la simple catalogación de una institución como de “derecho privado” no debería impedir que se le apliquen los principios que garantizan un adecuado desempeño de las funciones públicas, como la transparencia o la imparcialidad. Así, Barnés ha propuesto abandonar una lógica meramente subjetiva, intercambiándola por una mirada funcional, de acuerdo a la cual “[e]s la naturaleza de la actividad la que importa, no el actor”¹⁴. En otras palabras, si una entidad desempeña funciones públicas, le son aplicables una serie de principios, con independencia de su sujeción institucional al derecho público o al derecho privado. Atendida la preponderancia del criterio orgánico en la definición del derecho administrativo, la justificación avanzada debe considerarse como un criterio *de lege ferenda* que respalde soluciones positivas en el futuro.

Sea cual sea la justificación que termine por prevalecer, en diversos contextos normativos se han ido articulando técnicas de derecho público, ante la emergencia de entidades de derecho privado que desempeñan funciones públicas. El derecho europeo proporciona buenos ejemplos, mediante la

12 González-Varas, Santiago, “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1997, pp. 361-400.

13 Como diría Barnés, “Si la frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha dejado de ser una divisoria sin puentes ni contacto, y se ha convertido en una zona transfronteriza, en un espacio común —la vida pública—, cabe esperar que ambas disciplinas se ocupen conjuntamente de lo que ahí sucede”. Barnés, Javier, “La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del derecho administrativo”, en Vaquer, Marcos, Moreno, Ángel y Descalzo, Antonio, *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 213-249.

14 Barnés, *Op. Cit.*

ampliación del régimen jurídico de contratación pública¹⁵, o el establecimiento de límites a la regulación presupuestaria relacionada con las “entidades públicas de derecho privado”¹⁶. Algo similar ha sucedido en los últimos años en el derecho español, a través la nueva ley de contratos¹⁷ y las reglas sobre responsabilidad de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público¹⁸.

En Chile, el principal “avance” normativo data de 1986, cuando la LOCBGAE, junto con reconocer el fenómeno, dispuso que estas entidades estatales de derecho privado no podrían ejercer potestades públicas¹⁹. El valor de la regla está en sentar un principio valioso, pero su eficacia es relativa, porque solo tiene rango orgánico constitucional (legislativo, pero de quorum supramayoritario), y no constitucional, de modo que no impide derogaciones por medio de leyes especiales; algunas de estas derogaciones conciernen a la Conaf. Ahora bien, independientemente del escaso desarrollo normativo, algunas resoluciones de la Contraloría y del Consejo Para la Transparencia parecen apuntar en un sentido similar.

La jurisprudencia de esta última institución ha tendido a profundizar progresivamente exigencias de transparencia respecto de las instituciones de la administración invisible. Como es bien sabido, las normas sobre acceso a la

15 Sánchez Morón, Miguel, “El retorno del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 206, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2018, pp. 49-51.

16 Como explica Sánchez Morón, una regulación europea (el SEC-2010, aprobado por el Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013) dispone que “Solo aquellas entidades del sector público que puedan ser consideradas «productores de mercado», básicamente porque se financian mayoritariamente y de manera estable con ingresos procedentes de la entrega de bienes o la prestación de sus servicios, se incluyen a efectos de contabilidad en el subsector de las «sociedades no financieras públicas» (S.11001). Las demás entidades del sector público, cualquiera que sea su forma de personificación, se integran en el sector de las «administraciones públicas» (S.13). Su deuda computa, pues, como deuda pública”. Esto supone, como señala el autor, que “dentro del sector público, solo tiene justificación el sometimiento a las reglas de derecho privado de aquellas actividades que se dirigen precisamente a la producción de bienes y servicios para el mercado; no en cambio a la prestación de servicios públicos, el ejercicio de potestades públicas o la realización de cualesquiera funciones materialmente públicas y financiadas total o mayoritariamente con recursos públicos. Pues en estos casos la utilización instrumental de sociedades o fundaciones es puramente artificial”. Sánchez Morón, *Op. Cit.* pp. 51-52.

17 Ley 9/2017. Sánchez Morón, *Op. Cit.*, pp. 60-64.

18 El artículo 144 de la LRJSP (Ley 30/1992) dispone que “Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esa naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes [de la propia LRJSP], incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

19 El artículo 6 inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) dispone, respecto de las entidades no administrativas en que el Estado tenga participación: “Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”. El texto de la LOCBGAE (Ley N° 18.575) fue refundido, coordinado y sistematizado por el DFL N° 1, de 17 de noviembre de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

información son aplicables a los distintos órganos del Estado, aunque varían en intensidad: del régimen común aplicable a la administración del Estado se distinguen distintos regímenes especiales aplicables a instituciones administrativas dotadas de un status singular (empresas, autonomías), así como a los demás poderes públicos. Ahora bien, mediante una interpretación extensiva del artículo 2 de la Ley N° 20.285²⁰, el Consejo para la Transparencia ha considerado que algunas personas jurídicas de derecho privado forman parte de la administración en calidad de “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, mediante un mecanismo que ha sido denominado “test de instrumentalidad”²¹. Este mecanismo depende, a grandes rasgos, de si el Estado tiene “participación” y “posición dominante” en la fundación o corporación respectiva. Consecuentemente, el Consejo ha extendido a estas instituciones las exigencias de transparencia propias de la administración. En particular, se les aplican las normas sobre transparencia cuando desempeñan “funciones administrativas” y cuando concurren mayoritariamente órganos públicos en su creación y están integradas en sus órganos relevantes por funcionarios públicos o personas nombrados por estos²².

Por vías distintas, la Contraloría General de la República ha llegado a conclusiones semejantes, con el efecto de extender a la administración invisible, fundamentalmente, exigencias de transparencia y de control administrativo²³, y últimamente, también de procedimiento administrativo²⁴. Aunque en algunos casos la Contraloría ha procedido mediante interpretaciones con fundamento literal en textos legales²⁵, ha desarrollado criterios de instrumentalidad similares

20 Que prescribe que “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, de 20 de agosto de 2008.

21 Soto, Pablo, “‘Huida’ ilegal del derecho administrativo: las fundaciones de la presidencia de la república y la ley de transparencia”, en Couso, Javier (ed.), *Anuario de derecho público Universidad Diego Portales* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014, pp. 452 y ss.

22 A título ejemplar, Consejo Para La Transparencia, Amparos Roles N° A-211-09, A 242-09, C 119-11 C-1.529-11, C-552-13 y C-931-14. La solución ha sido respaldada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6.569-2011, 01-04-2013.

23 Contraloría General de la República, Dictamen N° 4.272-2019, de fecha 12 de febrero de 2019.

24 Contraloría General de la República, Dictamen N° 51.810-2013, de fecha 14 de agosto de 2013.

25 Contraloría General de la República, Dictamen N° 33.052-2010, de fecha 18 de junio de 2010, por referencia al artículo 16, inc. 2, de la Ley 10.336, orgánica de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido fue establecido por el Decreto 2.421, de 10 de julio de 1964, del Ministerio de Hacienda. Este precepto se refiere a “las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”. Se-

al empleado por el Consejo para la Transparencia. En general, la Contraloría estima que estas entidades de derecho privado son un medio para el cumplimiento (indirecto) de funciones públicas o administrativas, cuando el Estado o sus organismos tienen preeminencia en sus recursos económicos o en su dirección u órganos de gobierno y, entonces, puede entenderse que “en ellas está presente de un modo preeminente el interés público”²⁶. A partir de esa premisa, la Contraloría les extiende exigencias propias del derecho administrativo o “principios básicos de gestión propios del derecho público”²⁷. En ocasiones, esta extensión se efectúa de modo directo o inmediato a la entidad de que se trate²⁸, pero en otras lo hace por intermedio de los organismos administrativos que contribuyen al financiamiento o participan en la dirección de estas instituciones²⁹.

Así las cosas, la Contraloría ha caracterizado a estas instituciones, por contraste con la Administración del Estado, como integrantes de “un género de organismos a través de los cuales el Estado realiza indirectamente determinadas actividades asociadas al cumplimiento de sus funciones, por medio de una entidad privada, utilizando la preeminencia que le da su forma de participación en el patrimonio y en la dirección de ésta, en cuyo accionar está comprometido el interés público”³⁰.

2. La Corporación Nacional Forestal (Conaf)

La Corporación Nacional Forestal surge como una corporación de derecho privado, creada con el objeto general de contribuir a la conservación,

gún indica el pronunciamiento citado, “esta noción... no necesariamente concuerda con el concepto de Administración del Estado contemplado en el artículo 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.575”.

26 Contraloría General de la República, Dictamen N° 37.493-2010, de fecha 7 de julio de 2010.

27 A título ejemplar: Contraloría General de la República, Dictámenes N° 24.984-2020, de fecha 5 de agosto de 2020; N° 4.272-2019; N° 41.025-2016, de fecha 3 de junio de 2016; y N° 37.493-2010.

28 Contraloría General de la República, Dictamen N° 12.605-2016, referido a los directivos de la fundación Instituto Politécnico de la Universidad de Chile.

29 Es el caso de Contraloría General de la República Dictamen N° 51.810-2013, en que se extiende a la Fundación para la Innovación Agraria exigencias de motivación de sus actos, por intermedio del Ministerio de Agricultura: “el Ministerio de Agricultura, en su calidad de aportante de los recursos públicos de la especie, deberá instruir a la FIA para que complemente la información dada al recurrente y, a su turno, tendrá que arbitrar las medidas que correspondan tendientes a que en las futuras convocatorias de concursos que se lleven a cabo por esa entidad, se fundamenten los actos del procedimiento, a fin de que aquellos contengan un sustento razonado y justo”. Es posible pensar que esta técnica es tributaria del razonamiento contenido en el Dictamen N° 37.493-2010, en que se estimó que el antiguo Centro de Investigaciones Minero-Metalúrgicas, CIMM, corresponde a “un conjunto de órganos del Estado que desarrollan determinadas áreas de su actividad unidas bajo la forma de una corporación privada, en la cual tienen predominio, en sus órganos de administración”.

30 Contraloría General de la República, Dictamen N° 19.522-2013, de fecha 22 de julio de 2019, relativo al Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA).

incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales y áreas silvestres protegidas de Chile³¹. Su principal antecedente es la antigua Corporación de Reforestación³² creada en 1970, pero adquirió su actual denominación poco tiempo después³³. En cuanto persona jurídica de derecho privado, está regida primordialmente por sus estatutos, aunque sus potestades y funciones se han ido modelando normativamente.

En 1984, la Ley 18.348 dijo crear la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, como un servicio público descentralizado³⁴, que sería continuadora y sucesora legal de la actual Conaf. Sin embargo, la eficacia de esa ley quedó supeditada a la disolución de la antigua Conaf, la cual nunca se dispuso.

Conaf cumple diversas funciones relacionadas con la política forestal. Una de las más relevantes se refiere a la tuición y administración de las zonas protegidas (parques nacionales, reservas forestales, reservas nacionales y monumentos naturales). También desempeña funciones relacionadas con la tala de bosques, los planes de manejo forestal, el combate de incendios y la regulación del uso del fuego. Para el cumplimiento de estas funciones, la ley la dota de una serie de atribuciones que pueden calificarse como potestades administrativas: fiscalizadoras³⁵, autorizatorias³⁶ y de policía administrativa³⁷.

31 Artículo tercero de los estatutos de la Corporación Nacional Forestal, cuya última modificación fue aprobada por Decreto Supremo N° 1.546, de 13 de mayo de 2009, del Ministerio de Justicia.

32 Decreto N° 728, de 13 de mayo de 1970, del Ministerio de Justicia.

33 Decreto N° 455, de 19 de abril de 1973, del Ministerio de Justicia.

34 Literalmente se la concebía como “institución autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura” (Art. 1).

35 Entre ellas: Fiscalizar las acciones de corta o explotación de bosques nativos en cualquier tipo de terreno o plantaciones en terrenos de Aptitud Preferentemente Forestal (APF) (Art. 21, DL N° 701, de 1974); Fiscalizar el cumplimiento de los planes de manejo (Art. 31, DL N° 701); Autorización y fiscalización de especies declaradas monumento natural (DS N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Decretos Supremos 490 de 1976, 43 de 1990 y 13 de 1995, todos del Ministerio de Agricultura); y Fiscalizar conductas de uso del fuego penadas por la Ley (Código Penal, Art. 476 N° 3 y 495 N° 11 y Ley de Bosques, Arts. 17 y 22).

36 Entre ellas: Autorización y fiscalización de especies declaradas monumento natural (DS N° 531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Decretos Supremos 490 de 1976, 43 de 1990 y 13 de 1995, todos del Ministerio de Agricultura); Aprobar excepcionalmente la corta de árboles y arbustos nativos y arbolados prohibidos (Ley de Bosques, Art. 5); Conceder permisos respecto de especies maderables reguladas por la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) (DS N° 70, de 2003, Art. 2); Otorgar la “autorización simple de corta” (Ley N° 20.283, Art. 27); y Aprobar o rechazar planes de manejo, declaración de bosques nativos y bosques de protección, de reforestación o corrección, y sus respectivos certificados y modificaciones (DL N° 701, Arts. 2, 4, 8, 12, 13, 21 y 22 y Reglamento General del DL 701, Art. 36).

37 Por ejemplo, ordenar la inmediata paralización de faenas, en el caso de corta no autorizada (DL 701,

La atribución de potestades clásicamente administrativas a una corporación de derecho privado ha generado tensiones en el medio chileno. Estas tensiones despertaron fundamentalmente a raíz del control de constitucionalidad de la ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal (actual Ley N° 20.283), en que se atribuían nuevas potestades a la Conaf. El Tribunal Constitucional no censuró este proyecto (por consideraciones de seguridad jurídica y en atención a los límites del control de constitucionalidad³⁸), pero advirtió sobre “la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas”³⁹.

Para corregir estos inconvenientes, algunos proyectos de ley han pretendido radicar las atribuciones de Conaf en genuinos órganos administrativos. Uno de ellos es el que propone crear a un sucesor de la Conaf denominado Servicio Nacional Forestal⁴⁰, como órgano vinculado con el sector agrícola al que se encomendarían las tareas *grossa modo* de policía forestal. Otro proyecto relevante es el que postula crear el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas⁴¹, vinculado con el Ministerio de Medio Ambiente, que también se formaría a partir del personal y tareas de la Conaf y al que se le traspasarían las facultades vinculadas a la administración y tutela de las zonas protegidas⁴². Hasta la fecha, ninguno de estos proyectos ha fructificado.

2.1. El dictamen E33.624-2020.

Por el reciente dictamen E33.624-2020, de fecha 4 de septiembre de 2020, la Contraloría hace extensible la totalidad de la Ley 19.880, de Bases de los procedimientos administrativos, “a los procedimientos desarrollados por esa Corporación”⁴³, pues ella “se enmarca en el concepto de órganos y ser-

Art. 21).

38 En específico, señaló que “no obstante lo expresado [la anomalía], este Tribunal debe hacerse cargo de las exigencias de la seguridad jurídica frente a situaciones consolidadas y a derechos adquiridos por particulares al amparo de facultades legalmente ejercidas por la CONAF, a la vez que recordar la regla de interpretación constitucional según la cual frente a un acto del legislador regularmente materializado, aún más si no ha sido impugnado, debe declararse su inconstitucionalidad únicamente si no existe ninguna interpretación posible que permita declarar su conformidad con la constitución”. Tribunal Constitucional, Rol 1.024-08, sentencia de fecha 1 de julio de 2008, cons. 22.

39 Tribunal Constitucional, Rol 1.024-08, sentencia de fecha 1 de julio de 2008, cons. 24.

40 Boletín N° 11.175-01, ingresado por el ejecutivo a la Cámara de Diputados el 4 de abril de 2017.

41 Boletín N° 9.404-12, ingresado por el ejecutivo a la Cámara de Diputados el 18 de junio de 2014.

42 Es evidente que, de prosperar ambos proyectos, el legislador debe preocuparse de evitar posibles duplicidades respecto a las funciones de ambos órganos.

43 La determinación es especialmente relevante respecto de las funciones reguladas por el DL 701, sobre

vicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (concepto subentendido como integrante del ámbito de aplicación de ese cuerpo legal⁴⁴). Consecuencia adicional de esta determinación (pero relativamente trivial, atendido el estado de la jurisprudencia administrativa), se le extienden, además, “los principios constitucionales de transparencia y publicidad, como también el de probidad administrativa”. El dictamen rompe con la jurisprudencia administrativa previa, que procedía en forma parsimoniosa en la aplicación de estándares de derecho público a organismos privados, sin extenderles la observancia de una ley concebida propiamente para instituciones administrativas. Además, rompe también con la idea de la administración invisible como un “género de organismos” distinto a la administración del Estado *stricto sensu*.

Para calificar a la Conaf como servicio público, Contraloría invoca el “principio de realidad[,] que debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo y la búsqueda de soluciones interpretativas que armonicen y uniformen el actuar de las entidades a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones”. La “realidad” mostraría que Conaf es un servicio público, tanto en el plano orgánico como en el plano funcional. Orgánicamente es considerada como parte del aparato estatal por algunos cuerpos legales (como la Ley de Administración Financiera del Estado y la Ley sobre circulación de vehículos estatales) y funcionalmente cuenta con “funciones de naturaleza pública”, estando dotada de “un conjunto de potestades o prerrogativas para su cumplimiento”.

Con la expresión *principio de realidad*, Contraloría parece dejarse llevar por una argumentación recurrente en el ámbito de las relaciones laborales⁴⁵. El argumento denominado “principio de primacía de la realidad” pareciera

planes de manejo, que no se remite a ese cuerpo legal. Por contraste, Ley 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, dispone, en su Artículo 62: “En todas aquellas materias que no se encuentren expresamente reguladas en esta ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la ley N° 19.880”.

44 En verdad, la noción usada por la LBPA corresponde pura y simplemente a la de “servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (art. 2, inc. 1). En tanto, es la LOCBGAE la que alude a los “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (art. 1, inc. 2). El matiz es tal vez irrelevante, pero parece mostrar la pretensión de considerar a Conaf como servicio público no sólo para efectos del derecho administrativo procedimental.

45 El principio ha recibido aplicación en el derecho laboral chileno. Por ejemplo, Corte Suprema, Rol 30.292-2017 (22.02-2018): “es irrelevante que el tenor literal de tal acto jurídico refiera una naturaleza distinta a la señalada, si en los hechos se verifica lo contrario, al concurrir los requisitos expresados, recibiendo plena aplicación el principio de primacía de la realidad que preside los procesos recaídos en esta materia”.

deberse a un laboralista uruguayo⁴⁶, que postulaba la prevalencia de los hechos en el ámbito de las relaciones de trabajo, sobre la calificación que se les dé en determinados documentos, como el contrato de trabajo u otros. De este modo, el principio habilita a prescindir de la calificación jurídica que se haga de determinados hechos en instrumentos formales, para que así el intérprete u órgano aplicador del derecho pueda abordar su tarea sin preconcepciones. En buenas cuentas, el principio está destinado a operar como una regla de inoponibilidad de instrumentos jurídicos, típica, pero no exclusivamente contractuales. Como criterios justificativos de la regla, se han avanzado explicaciones que atienden, entre otros, a la eventualidad de simulaciones o derechamente de fraude a la ley (mediante el ocultamiento del carácter genuinamente laboral de las relaciones de trabajo) o a la aplicación práctica de los contratos de trabajo⁴⁷.

Al ampararse en el principio de primacía de la realidad, la Contraloría entiende inoponible la calificación de corporación privada sin fines de lucro de la Conaf, sin avanzar argumentos que permitan prescindir de los instrumentos corporativos que le dan vida. Para ser justos, cualquier argumento en tal sentido sería arriesgado, porque importaría entrar en imputaciones desdorasas respecto de los creadores de la Conaf, o desconocer la experiencia de las últimas décadas en que tanto desde la misma institución como desde el Ministerio de Agricultura u otras reparticiones públicas, se ha procedido en el entendido de que se trata de una corporación privada sin fines de lucro.

Pero sobre todo, ¿cuál es la realidad? En su sentido más literal, los hechos desnudos sólo pueden mostrar que tras la Conaf hay un conjunto de personas y medios materiales dedicados al desarrollo de tareas de interés público. A partir de esta constatación ¿qué calificación jurídica conviene dar a la institución? Sin duda, el derecho administrativo general proyecta una imagen arquetípica del organismo de la administración del Estado o servicio público, pero no es tan sencillo llevar a la práctica ese modelo. Por ejemplo, aunque el estatuto administrativo suministra un modelo de relaciones funcionariales, conoce de modo no problemático muchas excepciones; luego, decir que tal o cual institución es un servicio público no habilita sin más a considerar que su personal se rige por el estatuto administrativo o por el Código del Trabajo, si es personal de planta o a contrata, etc. En la configuración del aparato del

46 Pla Rodríguez, Américo *Los principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo (M.B.A.), 1975, pp. 221 y ss.

47 Según el autor, el desajuste entre hechos e instrumentos puede deberse también a otras causas, como un error de calificación de los hechos, la desactualización temporal de los instrumentos formales, o al incumplimiento de requisitos formales. Pla, *op.cit.*, pp. 234 y ss.

Estado no hay nada natural o “real”, pues todo depende de opciones deliberadas de diseño institucional provenientes de organismos dotados de legitimidad política. Ese diseño no se resuelve por intérpretes en aplicación más o menos mecánica de textos normativos. En verdad, el “principio de realidad” es radicalmente ajeno a la impronta democrática que irriga el principio de legalidad y que se muestra en la lógica formal del derecho administrativo.

En el caso, por lo demás, la existencia de una ley que creó la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, así como la actual discusión parlamentaria de otros proyectos de ley destinados a crear el Servicio Nacional Forestal y el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, dan por sí solos cuenta de que la Conaf actualmente no es un servicio público. Más bien, todo indica que la invocación del principio de realidad busca, al revés, reconfigurar una institución por decisión de un simple intérprete del derecho.

Sin duda, la Conaf es una institución problemática, porque su diseño inicial no ha variado, y hoy día no parece bien adaptado a sus funciones, que han mutado de modo muy significativo. Ahora bien, el respeto al principio democrático exige no suplantar ni anticiparse a las opciones institucionales que puedan adoptar los órganos legislativos con respecto al futuro orgánico de la Conaf. Desde esta perspectiva institucional, es paradójico que el pronunciamiento de la Contraloría se formule a raíz de una consulta proveniente de un parlamentario, representante elegido por el pueblo.

3. El caso “Data Observatory”

Mediante el oficio 11.657, de fecha 3 de septiembre de 2020, la Contraloría representó el decreto supremo N° 14, de 2020, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprobaba la constitución de la fundación *Data Observatory* por parte del Estado chileno (representado por los Ministros de Economía, Fomento y Turismo, y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación), más la Universidad Adolfo Ibáñez y la compañía Amazon Web Services. Esta fundación estaba destinada a “adquirir, procesar y almacenar en medios digitales los conjuntos de datos generados por instituciones de carácter público o privado y que por su volumen, naturaleza y complejidad requieren una curaduría, exploración, visualización y análisis que faciliten la disponibilidad de dichos datos para fines del desarrollo de la ciencia, tecnología, innovación, conocimiento y sus aplicaciones en la economía”⁴⁸. Para oponerse a ella, Con-

⁴⁸ Artículo 3 de los estatutos de la fundación *Data Observatory*, aprobados por Decreto Supremo N° 14, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 30 de enero de 2020.

traloría invoca diversos argumentos, que por lo esencial se reconducen a la omisión de la licitación pública como condición previa al acto constitutivo de la fundación⁴⁹. Para compartir las conclusiones de la Contraloría es necesario adentrarse mucho en la singularidad del negocio que se trataba de aprobar; el pronunciamiento mismo no aporta razones muy válidas en apoyo de las intuiciones de la Contraloría.

Un aspecto llamativo del razonamiento de la Contraloría es la consideración del acto fundacional como un contrato. Es absolutamente pacífico en doctrina que el acto fundacional tiene la naturaleza jurídica de un acto unilateral⁵⁰, opuesto, por construcción misma, a un contrato. La constitución de una fundación no requiere del concurso de dos o más voluntades, de modo que puede ser dispuesta por una única persona (por ejemplo, mediante otro acto típicamente unilateral, como el testamento)⁵¹. Cuando la fundación se constituye por dos o más personas actuando de consuno, se entiende que la voluntad que expresan es una sola⁵². En tal caso, los cofundadores no se obligan entre sí —es más, si se asumen obligaciones, lo más razonable desde una perspectiva práctica es pensar que el acreedor es la misma fundación que se crea por medio del acto, no los otorgantes.

En otra muestra de la confusión sobre el tipo de negocio jurídico que se trataba de configurar, la Contraloría se refiere a los fundadores como “partícipes”⁵³ y se les acusa de labrarse un privilegio⁵⁴. Lo propio de la fundación es la configuración de un patrimonio afecto a un fin dotado de

49 En uno de sus pasajes, el oficio indica que “no se advierten los fundamentos que expliquen que para el tratamiento de grandes volúmenes de datos provenientes, entre otros, de instituciones públicas, el Estado haya decidido constituir una persona jurídica sujeta al Derecho privado con la concurrencia de entidades del sector privado, prescindiendo del mecanismo de licitación pública”. En su conjunto, el razonamiento sigue echando de menos la licitación pública, aunque pareciera sugerir también que el objeto de la fundación se entromete en una materia propiamente administrativa que no admite delegación; sin embargo, este argumento no es objeto de mayor profundización.

50 Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche* (in Scialoja, Antonio y Branca, Giuseppe, *Commentario del Codice Civile*), Boloña-Roma (Zanichelli-Foro Romano), 1969, p. 157 y ss.

51 Lyon, Alberto, *Teoría de la personalidad*, Santiago (Eds. Universidad Católica de Chile), 1993, p. 213.

52 Galgano, *Op. Cit.*

53 El pronunciamiento se refiere continuamente a la “participación” de las entidades. También se les denomina “particulares intervinientes”.

54 “Tal proceder no sólo ha importado omitir la vía prevista por el legislador como la regla idónea y general en la materia, sino que también ha importado conferir a los particulares intervinientes un privilegio significativo en relación con terceros que puedan encontrarse en similares o mejores condiciones que aquellos para celebrar el contrato en cuestión, vulnerando con ello la igualdad de oportunidades que debe asegurar el Estado a todas las personas, en conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política de la República”.

personalidad jurídica propia; si bien las sociedades (civiles o mercantiles) también importan una persona jurídica destinada a un fin específico, en la fundación el fin es preeminente, al punto que –no habiendo distribución de utilidades– los resultados de la operación de la fundación se reinvierten en ella misma. Por el hecho de concurrir a la constitución de una fundación no hay genuina participación en negocio alguno. Sin duda, la fundación cuenta con órganos que materializan su voluntad y en ellos suele tener presencia el fundador o alguien de su confianza, aunque no es imprescindible que así sea; en todo caso, en la medida que el fin de la fundación es elemento esencial en la gestión fundacional, se relativiza mucho la importancia de la intervención de tal o cual persona en sus órganos de gobierno. Las fundaciones son, en el derecho chileno, la forma jurídica por excelencia que permite canalizar la filantropía, y el asumirlo como una mera participación, la Contraloría da cuenta de un enfoque en extremo reduccionista.

Todos estos argumentos sugieren que –no siendo la constitución de una fundación un contrato, ni un medio de enriquecimiento de los fundadores– no correspondía exigir la licitación pública como condición previa a la constitución de una fundación por el Estado con el concurso de terceros. El carácter de la fundación como patrimonio afecto a un fin lleva a pensar, por otra parte, que en la elección de sus miembros prima la confianza por sobre los atributos objetivos que se reflejan en el mercado y que son los que una licitación pública permitiría racionalizar.

Por otra parte, si hubiera cabido postular –en el plano muy abstracto de los principios– la exigencia de un procedimiento competitivo para seleccionar a los cofundadores, no parece muy riguroso desconocer que algo de eso hubo en el caso. En efecto, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo elaboró un “Llamado a propuestas de valor para constituirse como fundador del Observatorio de Datos”⁵⁵ y todo indica que esas formas fueron observadas en la selección de los cofundadores.

Ahora bien, hay que admitir que en el caso del *Data Observatory* concurrían dos singularidades que hubieran permitido sustentar un razonamiento distinto. Ante todo, llama la atención que los privados que concurren a la formación de la fundación se comprometan a dar aportes “en capacidades”. En el caso de la Universidad Adolfo Ibáñez, se trata de la mitad del aporte (la otra mitad, de significación pecuniaria), pero en el caso de Amazon el aporte

55 Los detalles en https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2019/01/llamado_ingles-y-espanol_DO_21enero.pdf, acceso el 19 de marzo de 2021.

pecuniario es la irrisoria suma de \$672 y el resto de su contribución es un aporte en capacidades valorado en \$8.457.880.011. Es posible que la importancia de estos aportes no patrimoniales tenga su origen en el procedimiento que precedió a la constitución de la fundación, convocatoria que subrayaba las capacidades de los eventuales fundadores como criterio de selección. Sin embargo, al plasmar ese criterio en el acto fundacional como parte de los aportes o dotaciones fundacionales, algo anómalo se pudo generar. Una fundación es esencialmente un patrimonio personificado, de donde resulta que el prestigio, las habilidades o aún las capacidades de trabajo o cualesquiera otros atributos inmateriales (distintos de genuinos derechos personales o de propiedad intelectual o industrial, por ejemplo), no pueden tener reconocimiento como aportes. Ahora bien, la Contraloría no analiza este aspecto de un modo que pudiera traslucir sospechas de usar la fundación como cobertura para un negocio jurídico diverso.

Por otra parte, la fundación *Data Observatory* presentaba características atípicas, que hacían de ella un modelo híbrido, cercano a una asociación⁵⁶. Se preveía la futura incorporación de miembros en calidad de “aportantes estratégicos”, distintos de los fundadores; a los aportantes estratégicos se les conferirían derechos políticos, el más relevante de los cuales consistía en concurrir a la elección de tres miembros del directorio que administra la fundación. Estos miembros no existían al tiempo de constituirse la fundación, pues se incorporarían en el futuro; con todo, desde el inicio se preveía ya un intento por generar condiciones igualitarias de acceso, mediante una política consistente en requisitos bastante flexibles, que abrían la participación a todo tipo de personas que estuviesen interesadas y pudiesen aportar. Así, el diseño propio de la fundación propendía a la incorporación de terceros, sin carácter excluyente, lo cual carece de aptitud para desconocer el objetivo de libre competencia al que la Contraloría presta tanta atención.

En segundo lugar, la Contraloría cuestiona que los estatutos de la fundación contemplaran la existencia de una cláusula que prevé “la posibilidad de que esta celebre contratos con sus aportantes estratégicos y/o sus partes relacionadas”. A su juicio, esta cláusula contraría la regla de la ley 19.886 que impide suscribir contratos administrativos con “los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa” (Art. 4 inciso sexto). Esta es una derivación extremadamente audaz de la Contraloría, porque en el caso la política de

⁵⁶ Híbrido que admite el código civil, desde la ley 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, de 16 de febrero de 2011.

contratación (‘Política de Operaciones con Partes Relacionadas’) se establecía con respecto a los “aportantes estratégicos”, quienes, valga insistir, son en cierto modo miembros (no fundadores) y carecen de atribuciones concretas en el gobierno de la fundación, más allá de participar en la elección de los directores. Obviamente los aportantes estratégicos no son genuinos funcionarios ni cumplen remotamente funciones de tales. Si la incorporación de aportantes estratégicos opera, como se preveía, en condiciones igualitarias, y así podían acceder terceros a las actividades de la fundación –por ejemplo, otras instituciones de educación superior capaces de prestar servicios sofisticados a la fundación– parece bastante razonable contar con una política de contrataciones aplicables a estos supuestos. Extremando el celo, la reacción de la Contraloría sólo conduce a privar a la administración invisible de la valiosa colaboración que pudieran prestarles algunas instituciones. El reparo es, posiblemente, otra muestra del desconocimiento de la Contraloría por las formas jurídicas que permiten canalizar la participación privada en fines de bien público.

Finalmente, la Contraloría objeta una cláusula de los estatutos que consagra, entre los derechos de los miembros del Consejo de Aportantes Estratégicos, el derecho a acceder a los datos procesados y bases de datos generados por la Fundación. A su juicio, esto constituiría un privilegio infundado, sin que se adviertan “garantías suficientes que resguarden la correcta utilización por parte de los particulares intervinientes de los datos de los entes públicos y que impidan su comercialización en desmedro del patrimonio público y la igualdad de oportunidades que el Estado debe asegurar a los integrantes de la comunidad”. A la luz de este incentivo, ni la adhesión de los aportantes estratégicos, ni la participación de los mismos fundadores (miembros de pleno derecho del Consejo de aportantes estratégicos), parece totalmente desinteresada; no obstante, en las condiciones igualitarias de incorporación a la fundación, acusar “privilegios” parece fuera de lugar, máxime cuando entre los beneficiarios de estos pretendidos privilegios se cuentan dos carteras ministeriales del Estado. En cuanto al buen o mal uso que se pueda dar a las bases de datos, habría sido interesante que la Contraloría especificara mejor sus temores o, inversamente, determinara con mayor precisión las garantías necesarias; sin embargo, mientras no se avance en el empleo de *big data* la materia no será objeto de regulación y es difícil decir si se trata de un buen o mal uso. El gobierno quería aquí probablemente anticiparse a la regulación y comenzar a explorar este terreno de un modo decidido. El único riesgo

concreto que la Contraloría advierte es que el Estado podría perder una ocasión de negocios definiendo él mismo qué hacer caso a caso con los datos que produce. Sin embargo, no es claro que actualmente los organismos públicos puedan explotar económicamente esos datos y, por otra parte, la alternativa planteada por la fundación implicaba en cierto modo sustraer esos datos del mercado, al encapsular en un patrimonio los resultados de esa explotación, de un modo indefinido en el tiempo. Así, la creación de la fundación parecía fruto de una opción política no censurable en el plano del control de legalidad.

Tras los reproches dirigidos, la Contraloría deja ver una desconfianza profunda hacia las formas organizativas del derecho privado, en la cual se advierten reflejos del lenguaje centrado en la huida del derecho administrativo. Aun si no se logran apreciar bien las desventajas que podría traer una organización así, Contraloría prefiere evitar su materialización.

Conclusión

Los dos casos analizados aquí son muy disímiles, lo cual dificulta cualquier tentativa de proponer conclusiones firmes. Contraloría considera ahora a la Conaf como un servicio público; esta recalificación, que por el momento aparece limitada a la aplicación de la LBPA, supone un cambio radical de perspectiva, porque niega la originalidad organizativa de las corporaciones privadas conformadas por el Estado. En el caso Data Observatory Contraloría se opone a un proyecto de fundación alimentada por aportes estatales y privados, aduciendo la necesidad de una licitación pública para proceder a un negocio jurídico complejo. Tras esta diversidad de supuestos, y con independencia de la fortaleza o fragilidad de los argumentos que sustentan los dictámenes comentados, lo único cierto es la mirada reticente de la Contraloría respecto de estas figuras personificadas estructuradas con arreglo al derecho privado. Desde luego, es demasiado pronto para pensar que a estos entes instrumentales les ha llegado su hora, pero indudablemente la Contraloría está marcando un tono de progresiva “publicación” de estas figuras, que sin duda provocará nuevas interrogantes en el futuro.

