Nº 7 · PRIMER SEMESTRE · 2022

cea
Centro de Estudios de la Administración del Estado

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
26-II-1927
CHILE

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

REVISTA CHILENA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

- Derecho administrativo general
- Derecho regulatorio
- Bienes públicos
- Control y contencioso administrativo
- Obras e infraestructura pública
- Planificación urbana
- Modernización del Estado
- Función pública
- Transparencia y probidad
- Gestión pública
- Finanzas y contabilidad pública
- Asociaciones público-privadas
- Auditoría pública
- Innovación pública
- Políticas públicas

REVISTA
CHILENA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Derecho administrativo general

Derecho regulatorio

Bienes públicos

Control y contencioso administrativo

Obras e infraestructura pública

Planificación urbana

Modernización del Estado

Función pública

Transparencia y probidad

Gestión pública

Finanzas y contabilidad pública

Asociaciones público-privadas

Auditoría pública

Innovación pública

Políticas públicas

cea
Centro de Estudios de la Administración del Estado

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
20 1927
CHILE

POR EL CUIDADO Y BUEN USO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

REVISTA CHILENA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
Centro de Estudios de la Administración del Estado (CEA)

Comité Editorial

MSc. Felipe Melo Rivara, Dirección Nacional del Servicio Civil, Chile.
Ph.D. Andrea Repetto Lisboa, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.
Ph.D. Stéphanie Alenda, Universidad Andrés Bello, Chile.
Ph.D. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso, Chile.
Mg. José Inostroza Lara, Universidad de Chile, Chile.
Mg. Camilo Mirosevic Verdugo, Contraloría General de la República, Chile.
Ph.D. Nancy Barra Gallardo, Contraloría General de la República, Chile.
Ph.D. Cristián Pliscoff Varas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.
Mg. María Isabel Aninat Sahli, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.
Daniel Martorell Correa, Consejo Defensa del Estado, Chile.

Director

Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República, Chile.

Claudia Sepúlveda Trejo
Coordinadora General

Paula Vera Robles, Secretaria de Redacción

Luis Alejandro Flores Arenas, Ayudante de Redacción

La Revista Chilena de la Administración del Estado, es una publicación semestral del Centro de Estudios de la Administración del Estado (CEA), dependiente de la Contraloría General de la República. Su principal objetivo es "Fortalecer la democracia a través de la promoción del debate e investigación de la Administración del Estado, y en particular, en materias relativas la integridad y el desarrollo de la función pública".

Convocatoria

El Centro de Estudios de la Administración del Estado (CEA) invita a toda la comunidad académica de casas de estudios ligadas a materias que se relacionen con la Administración del Estado; además de las personas funcionarios y servidoras públicas de nuestro país, a enviar sus trabajos al correo electrónico revistacea@contraloria.cl

Selección de trabajos

Los trabajos serán revisados por el comité editorial y aprobados por el director de la revista.

La selección de artículos se realizará mediante arbitraje anónimo, consistente en la revisión de pares especialmente designados para estos efectos. Las pautas de evaluación serán informadas a las personas interesadas, asegurando la calidad, pertinencia, carácter científico y metodología de cada publicación.

Base de datos bibliográficos: Latindex (Directorio)

Registro de propiedad intelectual Nº 407
2452-543X versión impresa
2452-5421 versión en línea

Teatinos 56, primer piso, Santiago · Teléfono: +56 2 32401100
Ventas y suscripciones revistacea@contraloria.cl
La revista se encuentra disponible en su versión electrónica: http://www.ceacgr.cl/CEA/revista

C O N T E N I D O

Editorial 7

Artículos

Gajardo Pacheco, Manuel Emilio: De una autoridad sanitaria «a pesar de las personas» hacia una «para las personas». Bases para redefinir la gobernanza de la autoridad sanitaria en materia fiscalizadora y sancionadora. 9

Sepúlveda Salgado, Jean Paul: Descentralización fiscal en Chile: debate y urgencia desde la región de La Araucanía. 39

Venegas Vilches, Cristóbal Felipe: Una observación sobre la obligación de oír al órgano recurrido en el recurso jerárquico, contenida en el artículo 59 de la ley Nº 19.880. 75

Artículo internacional

Gómez Márquez, Carlos y Ávila Rodríguez, Edgar: Innovaciones ante la pandemia de la COVID-19 en las entidades fiscalizadoras superiores: mapeo de mejores prácticas y lecciones aprendidas. 85

Boletines de la Contraloría General de la República

Boletín jurídico. Primer semestre 2022. 105

Boletín financiero-contable. Primer semestre 2022. 129

Actualidad

Coloquio: Protección de los servidores a honorarios en la Administración Pública. 135

Seminario: Presentación del informe fortaleciendo la labor fiscalizadora de la Contraloría. 155

Recensiones bibliográficas

Ferrada Bórquez, Juan Carlos: Esteve Pardo, J. (2021). «Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos». Marcial Pons. 165

Miranda Nigro, Pablo: Peña y Lillo Delaunoy, C. (2021). «Derecho procesal ambiental». Thomson Reuters. 169

EDITORIAL

Para avanzar en el cuidado y buen uso de los recursos públicos, la Contraloría General de la República ha desarrollado distintas iniciativas, las que, basadas en su Plan Estratégico 2017-2020 y 2021-2024, han orientado el rumbo de su administración. Entre las diversas ideas desarrolladas, un elemento común que se ha establecido como prioritario es la colaboración con las entidades auditadas.

Dicha cooperación ha tenido como foco central el desarrollo de una mejor función pública, mediante la asistencia entre instituciones, traspasando conocimientos y aprendizajes para contribuir en la entrega de un mejor servicio a la ciudadanía, algo exigido cada vez con mayor ímpetu.

En ese enfoque, una de las iniciativas de la Contraloría ha sido la creación del Centro de Estudios de la Administración del Estado –CEA–, el cual ha tenido como guía el fomento de altos estándares de integridad y ética pública; el fortalecimiento de las competencias y de los conocimientos teórico-prácticos que requieren las personas que realizan una labor en el Estado.

En ese camino, el CEA ha implementado 4 líneas de acción vinculadas entre sí para el cumplimiento de sus objetivos, que le han posibilitado establecer cursos estructurados sobre base de una malla de contenidos transversales a la Administración del Estado que se inician con un programa de inducción para quienes ingresan por primera vez a trabajar en el ámbito público. Luego de este proceso inductivo, se desarrollan una serie de cursos que le permiten, a la persona funcionaria, progresar en el desarrollo de sus competencias, considerando temas como Estatuto Administrativo, contabilidad, uso de sistemas, rendición de cuentas, declaración de intereses y patrimonio, entre otros.

Del mismo modo, este centro de estudios genera continuamente actividades de extensión orientadas a difundir y promover el conocimiento sobre diversas temáticas que complementan el aprendizaje de las personas funcionarias y servidoras públicas y también de la ciudadanía. Estas instancias permiten la reflexión, el análisis y la profundización en el estudio de determinadas materias con el valioso apoyo de académicos externos que confluyen en este objetivo.

En su tercera línea de trabajo se han implementado acciones de formación ciudadana, proporcionando conocimientos para que, en el control que ejerce la ciudadanía, esta cuente con herramientas que les permitan conocer el funcionamiento del Estado y el quehacer del sector público.

Ahora bien, cada línea de acción y los objetivos trazados para el CEA son un desafío continuo que va nutriendo el trabajo colaborativo que esta institución busca realizar. Esta tarea de colaboración y cooperación se ha constituido en una fuente de aprendizajes mutuos que han surgido a partir de la vinculación, tanto presencial como virtual, con las personas funcionarias, servidoras públicas y ciudadanas en estos 6 años de existencia, donde hemos podido capacitar a más de 200 mil individuos.

Finalmente, el CEA desarrolla una línea enfocada en estudios y publicaciones sobre materias como la ética, probidad, integridad, además de las de carácter normativo, las que se ponen a disposición por medio de nuestros distintos medios, complementando así los recursos educativos que se generan a partir del trabajo antes descrito. Asimismo, contamos de manera continua con el soporte de la Biblioteca CEA, cuya principal tarea es ofrecer servicios de información, de calidad, oportunos y accesibles.

De esta manera, con este séptimo número, la Revista Chilena de la Administración del Estado avanza en su objetivo de promover el conocimiento, análisis, colaboración y contribución a la investigación de temáticas que competen a la esfera pública, como: la gobernanza de la política sanitaria; la descentralización fiscal desde una mirada regional; la obligación de oír al órgano recurrido según la ley Nº 19.880; la innovación realizada por entidades de fiscalización superior en pandemia, entre otras.

Todos estos temas y la actualidad presentada en este número esperan generar un espacio de reflexión para quienes trabajan en la Administración del Estado y para quienes toman decisiones.

Claudia Sepúlveda Trejo

Secretaria Ejecutiva
Centro de Estudios de la Administración del Estado

DE UNA AUTORIDAD SANITARIA «A PESAR DE LAS PERSONAS» HACIA UNA «PARA LAS PERSONAS». BASES PARA REDEFINIR LA GOBERNANZA DE LA AUTORIDAD SANITARIA EN MATERIA FISCALIZADORA Y SANCIONADORA

FROM A HEALTH AUTHORITY "IN SPITE OF THE PEOPLE" TO ONE "FOR THE PEOPLE". BASES FOR REDEFINING THE GOVERNANCE OF THE HEALTH AUTHORITY IN SUPERVISORY AND SANCTIONING MATTER

Manuel Emilio Gajardo Pacheco[1]

Resumen

La pandemia de coronavirus –COVID-19–, hasta ahora, ha logrado ser abordada con cierto éxito por el Estado, demostrando las virtudes de la institucionalidad sanitaria del país y la alta calidad de la comunidad de profesionales de la salud. Sin embargo, la crisis sanitaria ha dejado también en evidencia las deficiencias de la institucionalidad pública en el ámbito sanitario, que exigen la redefinición de su gobernanza, con el propósito de otorgarle el verdadero valor a la salud en el desarrollo de los pueblos y con el objeto de concebir a la autoridad sanitaria desde y para la comunidad y no comprenderla a pesar de la comunidad. En ese contexto, resulta crucial remodelar también la acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria, a partir de la consolidación de ciertos principios rectores: juridicidad, servicialidad, preventivo, cooperación, eficiencia, eficacia y probidad.

Palabras clave: autoridad sanitaria – fiscalización – potestad sancionadora – Código Sanitario – principios rectores

1 Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, funcionario de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región Metropolitana. Actualmente cursa magíster en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Abstract

The coronavirus pandemic (COVID-19) has, until now, been managed by the State with some success, demonstrating the virtues of the country's sanitary institutions and the high standard of the community of health care professionals. Nevertheless, the health crisis has also exposed the weaknesses in the health field public institution, demanding the redefinition of its governance, in order to give true value to health in the development of people, and with the purpose of conceiving the health authority from and for the community, and not understanding it in spite of the community. In this context, it is crucial to also remodel oversight activities and sanctioning action of the health authority, based on the consolidation of certain guiding principles: legality, state service, preventive, cooperation, efficiency, effectiveness and probity.

Keywords: health authority – inspection – sanctioning power – Health Code – guiding principles

Introducción

La pandemia de coronavirus –COVID-19–, la más grande desde la gripe española de la segunda década del siglo pasado, ha azotado al mundo sin distinción de fronteras, raza, origen, sexo o condición social, de suerte tal que ha obligado a los pueblos a repensar prácticamente la totalidad de las formas cómo los seres humanos se relacionan, desde las grandes transacciones comerciales internacionales, hasta los ámbitos más íntimos de la vida ordinaria.

Así, en nuestro país, como en tantos otros, sino en todos:

1) los transportes de carga y de personas deben observar mayores o menores regulaciones, según los vaivenes u «olas» de contagios en cada territorio;

2) las condiciones de higiene y seguridad en los lugares de trabajo requieren cumplir hoy nuevos estándares, muy superiores a los de antaño;

3) la vida profesional y académica se forja actualmente cada vez más desde la comunicación a distancia;

4) sectores como el de la cultura, el turismo y el deporte recién ahora comienzan a observar un futuro más halagüeño, pero bajo condiciones radicalmente diversas al tiempo previo a la pandemia;

5) la mascarilla se ha vuelto un elemento de protección personal fundamental, habitual, casi una prenda de vestir más; y

6) los viajes, el ingreso a recintos privados, las actividades sociales, reuniones privadas y familiares deben pasar la «prueba de blancura», según se tenga o no un pase de movilidad u otro documento que acredite estar al día en el proceso de vacunación.

Durante este período de emergencia, la labor de nuestra autoridad sanitaria ha sido crucial. Definitivamente, ya tras dos años inmersos en una crisis de salud mundial, aun cuando hubo momentos de grandes dificultades y decisiones controvertidas, pocos podrían rechazar de plano la opinión sobre la satisfacción que debería sentir Chile por las iniciativas de salud pública tomadas frente a la pandemia. El Ministerio de Salud, hasta ahora, ha sobrellevado positivamente las complejidades de una amenaza desconocida para el mundo, especialmente en materia de vacunación.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la institucionalidad nacional de salud estuvo siempre totalmente preparada para una crisis de escala mundial. En verdad, «la pandemia COVID-19 ha evidenciado que los sistemas sanitarios poseen una capacidad de respuesta limitada para enfrentar los problemas asociados a una pandemia» (Paredes Escobar *et al.*, 2020: 1481).

La crisis sanitaria no solamente desnudó, de forma dramática, las desigualdades estructurales y la frágil estabilidad socioeconómica de nuestro país, sino también el hecho de que el sistema de salud pública nacional necesita una reformulación, una remodelación desde sus estructuras básicas, que se encargue de reparar las actuales brechas de accesibilidad y calidad; y que también se preocupe de erradicar los sesgos morales, de género, cultura e intergeneracionales; todo a fin de repensar y otorgarle el verdadero valor a la salud en el desarrollo de los pueblos y de las naciones[2].

Al respecto, no pocas líneas se han dedicado respecto a la redefinición de la acción del Estado en salud pública:

1) desde una perspectiva de derechos;

2) anclada en los principios de justicia, equidad, protección, responsabilidad, utilidad, transparencia y probidad;

3) trabajada desde un enfoque preventivo, integral, de género, universal y solidario;

4) conformada desde un esquema de coordinación y cooperación;

2 Esto va muy en línea con aquellas voces que, a nivel internacional, han requerido la necesidad de redefinir el valor de la salud para todos como un objetivo de política pública, que interviene de manera protagónica en el desarrollo global de las naciones y se configura como un aspecto clave en la economía nacional y global. En esa línea se enmarca la opinión del «Consejo sobre la Economía de la Salud para Todos», creado al alero de la Organización Mundial de la Salud (2021), reflejada con claridad meridiana en su manifiesto.

5) sustentada en una sólida y actualizada legislación; y

6) implementada sobre la base de una avanzada asistencia profesional y técnica, un eficaz y eficiente trabajo interinstitucional, un compromiso serio con la ética profesional, la imparcialidad y la equidad, y una auténtica, activa y decisiva participación ciudadana[3].

Sin embargo, pocas palabras se han dedicado a dos ejes sustanciales que tienen un espacio trascendente en la acción de la Administración del Estado en materia de salud pública. Me refiero a las potestades fiscalizadoras y sancionadoras de la autoridad sanitaria.

Este trabajo viene en hacer una aportación respecto de dichos ejes de la acción sanitaria, que no han sido suficientemente abordados en medio de todo el precitado debate relativo a la forma cómo debemos pensar un nuevo sistema de salud pública nacional.

En particular, luego de una somera descripción del derecho administrativo sancionador en materia sanitaria, se trazarán algunas líneas respecto de los aspectos en materia fiscalizadora y sancionadora que necesitan un replanteamiento y reforma, no solo desde el ámbito normativo, sino también en la forma cómo se lleva a cabo el trabajo interno de la autoridad sanitaria.

Que el COVID-19 no sugiera siquiera el más mínimo esbozo de retirada no debe ser visto solo como un problema, sino también –y muy especialmente hoy– como una oportunidad. El momento político-social, económico y cultural que experimenta nuestro país, conmina a todas las personas, particularmente a los profesionales de los distintos ámbitos del conocimiento, a aunar voluntades a fin de avanzar hacia una nueva concepción de la salud pública y hacia una redefinición de su institucionalidad. Y eso incluye, desde luego, una revisión profunda y amplia del Código Sanitario, específicamente en referencia a los ámbitos que me convocan: el de la potestad fiscalizadora de la autoridad sanitaria y el del procedimiento administrativo sancionador.

---

3 En general, la discusión científica y legislativa se ha centrado en:
1) el actual sistema de prestaciones de salud nacional y las propuestas de transformación estructural;
2) en el marco regulatorio sobre el ejercicio de las profesiones de la salud; y
3) en la reforma al régimen regulatorio de los medicamentos en Chile.

Al respecto, por ejemplo:
a) Cid Pedraza y Uthoff Botka (2017);
b) la propuesta de reforma integral del sistema de salud chileno de 2018 (Comisión ESP-Colmed, 2018);
c) el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular el ejercicio de distintas profesiones del área de la salud como parte de un equipo médico (boletines Nºs. 13.818-11, 13.806-11, 13.817-11, 13.821-11 y 13.838-11, refundidos);
d) el proyecto de ley sobre reforma al Fondo Nacional de Salud y que crea un Plan de Salud Universal (boletín Nº 13863-11); y
e) el proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias o «Ley de Fármacos II» (boletín Nº 9.914-11).

1. Un poco de historia y del estado del arte

No ha pasado tanto tiempo desde que el mundo de la salud chilena celebraba el centenario de la promulgación de la ley Nº 3.385 —1918—, que aprobó el primer Código Sanitario en Chile, cuerpo normativo que decantó la discusión sobre quién debía ostentar la autoridad sanitaria —si el Estado o los particulares— a favor de la existencia de una autoridad central, de naturaleza pública, no sin antes sortear más de tres décadas de discusiones, más o menos vehementes según la contingencia política de la época[4].

La novel institucionalidad médica y de salud estatal:

1) estableció y distribuyó las potestades en materia sanitaria[5];

2) enumeró un catálogo de deberes de conducta generales en distintos ámbitos de la salud pública[6]; y

3) consagró paralelamente un pilar fiscalizador y un esquema sancionatorio, a fin de asegurar eficacia y garantía de cumplimiento al nuevo sistema sanitario.

Para el aludido pilar fiscalizador y esquema sancionatorio, el legislador proveyó de amplias facultades a las autoridades sanitarias[7-8] y, a renglón seguido, dispuso un régimen sancionador, aunque inorgánico, esparcido entre normas que configuraban medidas cautelares[9], sanciones penales y administrativas para el castigo tanto de las infracciones a la normativa prevista en el nuevo

4 Y lidiando, prácticamente en paralelo a su nacimiento, con la reunión de una epidemia de influenza y una epidemia de tifus exantemático (Laval Román, 2003).

5 Al gobierno —a través de la Dirección General de Sanidad— y a las municipalidades.

6 En materias como:
1) profilaxis o prevención de enfermedades infecciosas,
2) el ejercicio de las profesiones médicas y farmacéuticas,
3) la venta de medicamentos,
4) agua potable,
5) aseguramiento del agua para el abastecimiento de la población,
6) alcantarillado público,
7) condiciones sanitarias en edificios,
8) higiene alimenticia,
9) higiene industrial,
10) policía sanitaria aduanera,
11) profilaxis internacional,
12) animales y
13) cementerios —policía mortuoria—.

7 Con la facultad de requerir el auxilio de la fuerza pública.

8 Y se habla en plural, porque se entendían como autoridades sanitarias el director general de Sanidad, el alcalde y el Consejo Superior de Habitaciones para Obreros.

9 Particularmente la clausura de establecimientos.

cuerpo legal como de las contravenciones a las disposiciones complementarias de rango reglamentario. En cuanto a las sanciones que podían establecerse, estas se limitaban a la aplicación de multas, sin mediar un procedimiento previo, aunque reclamables en sede judicial[10].

El advenimiento del Estado de bienestar social o Estado benefactor en Chile —cuyo punto de inicio coincide con los prolegómenos de la Constitución de 1925— (Cruz-Coke Madrid, 2000), preparó un campo político fértil para la aparición de paradigmáticas instituciones, como:

1) la Caja del Seguro Obrero Obligatorio,

2) la Caja de Previsión de Empleados Particulares,

3) Junta Central de Beneficencia y

4) el Servicio Nacional de Salud.

Asimismo, durante este período político-social se desarrolló un sostenido trabajo legislativo, cosechándose una pléyade de hitos normativos registrados, entre otros:

1) la Ley de Accidentes del Trabajo, de 1924;

2) la ley Nº 4.054, de 1924, que creó el seguro obligatorio de enfermedad y vejez;

3) la ley Nº 6.174, de 1937, que estableció el Servicio de Medicina Preventiva;

4) la ley Nº 10.383, de 1952, que dio origen al Servicio Nacional de Salud;

5) el Estatuto Médico Funcionario, de 1964;

6) la ley Nº 16.744, de 1968, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, y

7) un nuevo Código Sanitario, de 1968 —vigente hasta nuestros días—.

El nuevo cuerpo normativo sanitario profundizó la institucionalidad estatal en materia de fomento, protección y recuperación de la salud, reforzando las áreas de regulación ya abordadas y preocupándose de otros tantos nuevos ámbitos de alta trascendencia para la salud pública en el país.

El novel Código Sanitario, en razón del mandato constitucional de la época[11]:

---

10 Y ejecutables con la medida de apremio de prisión por cada veinte pesos no pagados.

11 «Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad» (Constitución de 1925, artículo 10, Nº 14, párrafo final).

1) delegó en el Servicio Nacional de Salud la autoridad en todas las materias relacionadas con la salud pública y el bienestar higiénico del país, estructurando —de manera reforzada— sus competencias y facultades;

2) delimitó el espectro de facultades de las municipalidades en el orden sanitario;

3) definió un conjunto de materias que requerían autorización sanitaria previa y expresa;

4) estableció los deberes fundamentales del Estado y de las personas en el ámbito de:

   a) protección y promoción de la salud[12],

   b) profilaxis sanitaria internacional,

   c) higiene y salud del ambiente y de los lugares de trabajo[13],

   d) productos farmacéuticos —o medicamentos—,

   e) alimentos de uso médico, cosméticos y productos alimenticios[14],

   f) ejercicio de la medicina y profesiones afines,

   g) laboratorios y farmacias;

5) determinó el régimen de observación y reclusión de ciertos grupos de personas de especial consideración[15];

---

12 Que incluye:
   1) la protección materno-infantil;
   2) las obligaciones de la autoridad sanitaria y de los profesionales de la salud en el ámbito de las enfermedades transmisibles —particularmente trascendentes en el actual contexto sanitario—;
   3) la normativa sobre los laboratorios de salud pública y del Instituto Bacteriológico —predecesor del actual Instituto de Salud Pública—;
   4) prescripciones sobre la estadística, divulgación y educación sanitaria

13 Regulación que, en general, se reenvió a una serie de reglamentos que, en lo sucesivo, fueron dictándose para disponer las normas sobre condiciones de saneamiento y seguridad de:
   1) ciudades;
   2) balnearios;
   3) campos y territorios mineros;
   4) viviendas, locales, casas, edificios, campamentos;
   5) aguas y sus usos sanitarios;
   6) residuos;
   7) lugares de trabajo;
   8) ruido;
   9) y sustancias tóxicas o peligrosas para la salud.

14 Normativa que posteriormente fue modificándose y complementándose mediante una serie de reglamentos.

15 A saber, en palabras de la versión original del Código Sanitario: enfermos mentales, alcohólicos y personas dependientes de drogas u otras substancias.

6) previó la regulación básica sobre cementerios y actividades relacionadas con el tratamiento los cuerpos de las personas fallecidas; y

7) describió, esta vez de forma más sistematizada, el régimen fiscalizador y sancionador[16].

Como se avizoró, el reformado Código Sanitario —en su original libro IX[17]— consolidó un régimen fiscalizador con amplios poderes para la autoridad sanitaria, a fin de asegurar la observancia estricta de la ley y de los decretos, reglamentos e incluso de las resoluciones emanadas del director general de Salud[18], otorgándole las siguientes atribuciones:

1) inspección y registro,

2) allanamiento,

3) solicitud de auxilio de la fuerza pública,

4) retiro de muestras para su posterior examen y

5) imposición de medidas cautelares de alta entidad con el solo mérito de la evaluación del riesgo para la salud que efectuara el funcionario fiscalizador, en su carácter de ministro de fe, al momento de la inspección:

   a) traslado de elementos, bienes o productos,

   b) cierre y sellado del lugar fiscalizado y de los muebles,

   c) clausura,

   d) prohibición de funcionamiento,

   e) paralización de faenas,

   f) decomiso, destrucción y desnaturalización de productos.

A su turno, en cuanto al sistema sancionador, el régimen se forjó a partir de la instrucción de «sumarios sanitarios», al advertirse hechos presuntamente constitutivos de infracciones a la normativa sanitaria, los cuales pueden ser iniciados de oficio o por denuncia[19].

---

16 Las modificaciones al Código Sanitario, en general, han tenido por objeto el perfeccionamiento de la regulación sanitaria, complementando progresivamente los ámbitos normativos ya existentes. Así, por ejemplo, podemos visualizarlo en reglas sobre venta de lentes, protección de trabajadores en el uso de productos fitosanitarios, prescripción de anticonceptivos, regulación de las farmacias y medicamentos e interrupción voluntaria del embarazo. Lo anterior, aunado a las modificaciones de los distintos reglamentos que completan la normativa sanitaria.

17 Actualmente ubicado en el libro X.

18 Que, tras las ulteriores reformas, se trata hoy de las resoluciones emanadas de los servicios de salud.

19 En la actualidad y especialmente desde el inicio de la pandemia, la iniciación de oficio es la regla generalísima en materia de sumarios sanitarios.

La regulación del procedimiento sancionador consagra un desbalance estructural en la posición de la Administración frente al presunto infractor, por cuanto el devenir del sumario sanitario, de ordinario, se inclinará a favor de la autoridad sanitaria, gracias al altísimo poder o valor probatorio que la ley le ha otorgado a la denominada «acta de fiscalización» o «acta de inspección», cuyo contenido es casi incontrovertible[20]. El valor reforzado del acta de fiscalización dará pábulo para la dictación de una sentencia sanitaria generalmente desfavorable para la persona sumariada.

El esquema de sanciones expuesto en el Código Sanitario es más bien básico, pero potencialmente riguroso para el infractor:

1) las infracciones son castigables con una multa de un décimo de UTM a 1000 UTM;

2) las reincidencias se pueden perseguir hasta con el doble de la multa original; y

3) pueden imponerse paralelamente las sanciones de:

   a) clausura,

   b) cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos,

   c) paralización de obras o faenas,

   d) suspensión de la distribución y uso de productos y

   e) retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos.

Finalmente, se otorga a la autoridad sanitaria la facultad de no imponer una sanción pecuniaria ni otras sanciones, sino solo un apercibimiento y amonestación, en casos justificados y cuando se trate de una primera infracción[21].

Desde 1968, el sistema fiscalizador y sancionador apenas ha sufrido cambios[22]:

---

20 Bastará para dar por establecida la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta que levante el funcionario del servicio al comprobarla (Código Sanitario, artículo 166).

21 A modo de epílogo, cabe destacar que el sumario sanitario, en lo no regulado por el Código Sanitario, se rige por las reglas generales de la ley Nº 19.880. Por su parte, las sanciones impuestas en sentencia sanitaria son reclamables administrativa y judicialmente dentro de un breve plazo —5 días hábiles—, encontrándose el control de legalidad judicial constreñido solo a la revisión de tres aspectos:
   1) Si los hechos que hayan motivado la sanción se encuentran comprobados en el sumario sanitario;
   2) Si tales hechos constituyen efectivamente una infracción a las leyes; y
   3) Si la sanción aplicada es la que corresponde a la infracción cometida.

22 Sin perjuicio de la gran reforma de la ley Nº 19.937 a la autoridad sanitaria, que modificó el decreto ley Nº 2.763, dejando, en general, en las secretarías regionales ministeriales la fiscalización de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y demás leyes, reglamentos y normas complementarias y la sanción a su infracción cuando proceda.

1) algunos fueron de mera geografía normativa —como el traslado al libro X por la inclusión de un nuevo libro IX[23]—;

2) otras modificaciones desembocaron de controversias constitucionales sobre algunas de las instituciones consagradas —como el *solve et repete*, finalmente erradicado del procedimiento sumarial por el Tribunal Constitucional[24]—;

3) otras reformas más bien de simple adecuación al ordenamiento jurídico —como la del artículo 174, para integrar al Instituto de Salud Pública en el sistema fiscalizador-persecutor (ley Nº 19.497)—;

4) otros cambios establecidos para actualizar el rango o entidad de las multas que pudieren imponerse (ley Nº 19.497);

5) unos tímidos intentos para replantear el ejercicio de la actividad fiscalizadora hacia un enfoque más preventivo —como la «declaración voluntaria de incumplimiento», que consagra la ley Nº 20.416— y

6) los cambios que surgieron con ocasión de la actual pandemia de COVID 19, que alteraron el régimen de cobranza de las multas administrativas —mudándolo desde el clásico procedimiento judicial ejecutivo del Código de Procedimiento Civil, a cargo del Consejo de Defensa del Estado, hacia el procedimiento ejecutivo dirigido por la Tesorería General de la República; y trasladando el beneficio de la recaudación al fisco, desde los servicios de salud (ley Nº 21.388)—.

23 Modificación dispuesta por la ley Nº 18.173.

24 El Tribunal Constitucional, a través de un procedimiento de oficio de inconstitucionalidad (rol Nº 1.345, 2009), resolvió que la exigencia de pagar el total de la multa impuesta en sentencia sanitaria, como requisito previo para impugnarla en sede judicial —incluida en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario—, era contraria a nuestra Constitución, por afectar y limitar severamente el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y la garantía que prohíbe al legislador imponer límites que hagan imposible el ejercicio del derecho en su esencia; levantando una intolerable barrera al derecho a la acción, al acceso a la justicia y, en definitiva, al derecho a la tutela judicial efectiva, so pretexto de evitar la litigación infundada o puramente dilatoria, y asegurar la eficacia de las sanciones administrativas y su imperio.

2. La crisis sanitaria y el ocaso de un régimen fiscalizador y sancionador envejecido

A junio de 2021 existían más de 290.000 sumarios sanitarios por infracción a la normativa emanada con ocasión de la enfermedad del COVID-19 (Historia de la ley Nº 21.388) y alrededor de 63.000 procedimientos sancionatorios concluidos[25]. Sin embargo, la cantidad de multas efectivamente canceladas ha sido mínima, sin expectativas de pago efectivo respecto de un considerable porcentaje de las sanciones pecuniarias dictadas. Estos contundentes datos y hechos ponen inevitablemente en el tapete la verdadera efectividad de la labor inspectora y de la normativa sancionadora que, se supone, deben ser herramientas complementarias efectivas para asegurar que la regulación sanitaria originada en la actual pandemia sea asumida positivamente y cumplida por la comunidad.

Y lo cierto es que, aun con la reforma al régimen de cobranza de multas sanitarias dispuesta por la recientemente publicada ley Nº 21.388, resulta todavía nebuloso avizorar las reales expectativas de cobro efectivo de las multas impagas de parte de la Tesorería General de la República. Seguramente es posible prever la subsistencia de una cantidad no menor de multas incobrables o de tan compleja persecución que requerirá involucrar un aparataje administrativo que, seguro en más de alguna ocasión, no valdrá la pena poner en movimiento.

No olvidemos que, con la pandemia de COVID-19, el grueso de la regulación sanitaria se dirigió a la ciudadanía en general, estableciéndose:

1) medidas restrictivas de derechos de alta entidad para la población —verbigracia, cuarentenas y aislamientos—,

2) obligaciones para el ingreso y egreso del territorio nacional —presentación de test de PCR para SARS-CoV-2, declaraciones juradas, contratación de seguros médicos—,

3) requisitos para el desplazamiento dentro del territorio nacional, condiciones para ingresar a establecimientos públicos o privados y participar en actividades sociales —permisos de desplazamiento, pasaportes sanitarios y pases de movilidad— y

25 Según los actuales datos del sistema MIDAS —modernización de la información digital de la autoridad sanitaria—, plataforma electrónica donde se llevan actualmente los expedientes sumariales, en formato electrónico, de algunas de las secretarías regionales ministeriales de Salud del país —especialmente en las regiones de Valparaíso y Metropolitana de Santiago—; en la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región Metropolitana, desde abril de 2020 hasta la actualidad se han creado más de 80.000 sumarios sanitarios.

4) otros deberes de cuidado generales —verbigracia, uso de mascarillas y distanciamiento físico—.

De ese modo, los programas de fiscalización masiva y el aparataje administrativo sancionador de los últimos años se han enfocado en la inspección del cumplimiento de la regulación sanitaria y en la sanción de las conductas ilegítimas en el orden sanitario de ciudadanos corrientes y de extranjeros; con el detalle de que muchos de los infractores perciben ingresos bajos, conviven con el fantasma de la cesantía, tienen un limitado acceso a las tecnologías y poseen generalmente un precario o nulo patrimonio.

Pero los problemas del régimen fiscalizador y sancionador sanitario no nacieron ni se extinguirán con la actual contingencia. Si bien la pandemia ha exhibido que las herramientas sancionadoras de la ley sanitaria son insuficientes —sino inidóneas— para alcanzar los objetivos de protección de la salud pública y los fines de prevención general y especial que fundan todo el ordenamiento jurídico protector de la salud, la verdad sea dicha: la crisis del COVID-19 ha demostrado, de manera palmaria, que tanto el régimen legal fiscalizador y sancionador como la gobernanza en este ámbito se ha quedado en el pasado.

Por una parte, el propio diseño legal del procedimiento sancionador adolece de notorias deficiencias, muchas de las cuales riñen incluso con normas y principios de naturaleza constitucional, y cuyas consecuencias deben padecer, en gran medida, los propios administrados, destacándose, a modo ejemplar:

1) El excesivo valor probatorio del acta de fiscalización. El artículo 166 del Código Sanitario le ha concedido al acta de fiscalización un valor tal que la actuación de la Administración en los sumarios sanitarios reposa muchas veces solo en su contenido para dictar una resolución condenatoria e imponer sanciones. Lo anterior, a pesar de las defensas más esmeradas que logren desplegar las personas sumariadas. Así, el procedimiento sancionador sanitario se ubica en una zona donde el ejercicio de las potestades estatales relativiza indebidamente la vigencia de los derechos fundamentales de las personas administradas —particularmente el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, con sus garantías integrantes: el derecho a defensa, el derecho a un debido procedimiento, la bilateralidad de la audiencia, el contradictorio, el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia—[26].

2) La irreflexiva banda de multa. El rango de multa establecido por la ley sanitaria[27] no prevé ningún parámetro o criterio para una graduación

26 Este asunto ya ha comenzado a discutirse a instancias del Tribunal Constitucional (roles Nºs. 8.823, 2020; 10.383, 2021; 9.707, 2020), con resultados que, a futuro, frente a una eventual masificación de requerimientos ante el órgano constitucional durante la tramitación de reclamaciones judiciales de multas, pueden provocar el derribo del sancionatorio sanitario.

27 Entre un décimo y mil UTM (Código Sanitario, artículo 174).

consistente entre casos similares, no contempla circunstancias agravantes y atenuantes, causales de justificación o exención de responsabilidad, ni desarrolla consideraciones respecto de la edad o capacidad de actuar del infractor. Esto ha dado pie para un sistemático actuar de la autoridad sanitaria, donde las líneas entre lo proporcional y lo desproporcionado, entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, parecen difusas[28].

3) La nula versatilidad en el esquema de sanciones posibles de imponer. No existe un abanico de sanciones a los cuales la autoridad sanitaria pueda recurrir. La sanción, en la totalidad de los sumarios sanitarios, será una multa. Aunque la pandemia haya generado mecanismos sancionatorios alternativos —como la particular posibilidad de imponer como medida o sanción paralela la suspensión de la utilización del pase de movilidad, con todas las consecuencias que conlleva—, estas nuevas herramientas siguen actualmente atadas al pago de una multa, con todas las consecuencias más o menos gravosas para más de alguna persona, especialmente considerando la situación socioeconómica en la que se encuentre.

   Así las cosas, habida cuenta de la ausencia de instrumentos alternativos como:

   a) la opción de convalidar la multa por trabajos comunitarios o por otra clase de acuerdos que involucren la realización de conductas reparatorias distintas del desembolso monetario de parte de la persona sentenciada;

   b) sistemas de «terminación negociada» de los procedimientos sanitarios;

   c) un esquema de fiscalización cooperativa —de talante preventivo— que sirva de antesala a la persecución estatal,

   Inevitablemente se generan distorsiones que desfavorecen particularmente a aquellas personas con menores recursos para cancelar una multa, frente a quienes podrán pagarla sin problemas, moldeándose una suerte de «justicia de clase».

Seguramente como consecuencia de la forma como la ley ha modelado la sustanciación de los sumarios sanitarios, la gobernanza interna de las secretarías regionales ministeriales demuestra también defectos con ocasión del ejercicio de su potestad fiscalizadora y sancionadora[29]. En este punto también destaco algunas de las que merecen mayor observación:

---

28 Lo anterior se ratifica y consolida por el hecho de que los actos administrativos terminales emanados de los sumarios sanitarios raramente se remiten al único instrumento que trata, en cierto modo, de salvar tales vacíos: el «Manual de fiscalización sanitaria» (resolución exenta Nº 216, de 2012, del Ministerio de Salud). Todo lo descrito da más de alguna luz respecto al uso extralimitado de las facultades discrecionales otorgadas por la ley a la autoridad sanitaria en el ámbito sancionador.

29 Sin perjuicio de la competencia que la ley ha asignado a otros organismos, que, probablemente, mostrará deficiencias de similar índole.

1) Funcionarios fiscalizadores sin la capacitación suficiente. La insuficiente instrucción de los funcionarios fiscalizadores, especialmente desde la irrupción de la pandemia, ha provocado una notoria baja en la calidad de las actas de fiscalización, que deviene necesariamente en una cantidad no irrelevante sumarios sanitarios instruidos defectuosamente[30], otros tantos con información impertinente o inidónea para la sustanciación de un correcto procedimiento, y algunos que necesariamente han debido cerrarse por errores eminentemente formales.

2) Cantidad insuficiente de operadores jurídicos y otros profesionales en la Administración sanitaria y falta de instrucción y formación permanente. La estructura legal de los sumarios sanitarios ha quedado anticuada a la luz de los estándares de un procedimiento racional y justo. Esto provoca que los equipos jurídicos no incorporen debidamente los principios generales modeladores de los procedimientos administrativos durante la tramitación de los expedientes sumariales. Lo anterior, a diferencia de lo que ha ocurrido en los esquemas sancionatorios de otros ámbitos de la regulación administrativa —medioambiente, mercado de valores, minería, libre competencia, eléctrica, aguas—.

   La falencia puntualizada promueve prácticas que no se identifican con los principios a los cuales deben someterse los procedimientos sumariales —enunciados sistemáticamente en la ley Nº 19.880—. Entre estas prácticas, pongo sobre la mesa la dictación de sentencias sanitarias con mínima fundamentación, que descansan nada más que en el valor del acta de fiscalización —no pocas veces incorrectamente elaboradas por el inspector—, con escasas menciones particulares sobre las defensas esgrimidas por los sumariados y sin un trabajo intelectual destacable.

3) Insuficiente coordinación entre los departamentos jurídicos de las seremis de Salud y los distintos departamentos de orden técnico de la aludida repartición. Frente a sumarios sanitarios más complejos, ordinariamente se hace necesaria la intervención de alguna de las secciones especializadas en ámbitos particulares de la acción sanitaria —epidemiología, alimentos, profesiones médicas, salud ocupacional, entre otras—, a fin de que entreguen su opinión técnica respecto del sumario instruido y de los descargos y defensas que los sumariados formulen durante el transcurso del procedimiento. Sin embargo, la verdad es que no existe un trabajo suficientemente coordinado entre el equipo jurídico y las instancias técnicas, de suerte tal que se hable en un mismo idioma y se asegure que los informes evacuados respondan a lo

30 Ora por incoarse respecto de menores de edad o personas en situación de discapacidad severa; ora por instruirse contra individuos por hechos cometidos por terceros —desconociendo el principio de personalidad de las sanciones administrativas—; ora por levantarse a propósito de hechos que no constituyen siquiera un asomo de infracción sanitaria; ora por no describir de manera clara, precisa, determinada y completa en las actas de fiscalización los hechos observados; ora por no individualizar correctamente los datos de los sujetos fiscalizados —en cuanto a su nombre o razón social, domicilio—; entre otros errores que se pueden advertir en una actuación fiscalizadora.

esperado por el departamento jurídico, con el objeto de asegurar sentencias sanitarias sólidas y con aspiración de completitud en su fundamentación.

4) **Distorsiones en la publicidad, transparencia y comprensión de las implicancias de un sumario sanitario; porosidades en el órgano administrativo sanitario.** No es infrecuente que las personas con menor instrucción o conocimiento de las implicancias de un procedimiento sumarial formulen defensas incompletas, sin pruebas que les sirvan de sustento o incorporen antecedentes de escaso valor probatorio o derechamente impertinentes. Lo antedicho deviene generalmente en sentencias condenatorias y la imposición de multas de entidad no menor, con el perjuicio patrimonial que conlleva. Lamentablemente para los administrados, el sistema sancionador sanitario no ha sido forjado bajo estándares de publicidad y transparencia tales que permitan a las personas sumariadas entender de qué se trata un sumario y cuáles son los derechos que le asisten.

   Por su parte, no es inhabitual que algunos sujetos regulados —especialmente empresas o personas con mayor capacidad económica— cuenten con abogados o especialistas que, al tener más conocimiento de la normativa sanitaria e incluso cierta llegada o influencia ante la autoridad sanitaria, logren mover el aparato estatal a fin de conseguir la resolución más rápida de los sumarios y cercana a las pretensiones de las personas sumariadas —especialmente cuando lo que interesa es el alzamiento de las medidas cautelares dispuestas al inicio del procedimiento sumarial—.

   Lo señalado merece ser puesto sobre la mesa y sometido al escrutinio público, en un contexto donde la generalidad de sumariados solo cuenta con ir a las oficinas de atención al público, hacer largas filas y ser ayudados durante unos breves minutos por algún funcionario de la repartición —quien debe resolver a la vez decenas de requerimientos paralelos—, sin que se pueda brindar un servicio acorde con las necesidades de aquellos interesados.

   Las precitadas distorsiones y porosidades en la gobernanza sancionatoria terminan por deslindar las bases de una verdadera «justicia de clase» en la administración sanitaria, que favorece, al final del día, a las personas con mayor instrucción y capacidad económica, y va en desmedro de aquellas menos instruidas y de los grupos socioeconómicos más vulnerables.

Así las cosas, los anteriores ejemplos resultan bastantes para afirmar que, con la crisis sanitaria, se manifestó, de forma ostensible, definitiva y con pasmosa certeza, también la crisis de la labor fiscalizadora y sancionatoria de la autoridad sanitaria.

Frente a dicho escenario, se vuelve urgente la reflexión sobre la transformación de la institucionalidad fiscalizadora y sancionadora sanitaria de nuestro país. En ese contexto, me parece que la solución o, cuando menos, la atenuación de los

problemas del sistema inspector y represivo de la autoridad sanitaria pasa, en gran medida, por expulsar la comprensión de las actividades de supervigilancia y sanción como funciones pensadas «a pesar de las personas», trasladándose hacia la comprensión de la potestad fiscalizadora y sancionadora como funciones pensadas «para las personas».

Calan hondo las palabras del diputado Marcos Ilabaca durante la discusión de la reciente ley Nº 21.388, que reformó la persecución de las multas emanadas de los sumarios sanitarios: «Invito a que el Ministerio de Salud haga una reforma más integral al Código Sanitario y a las normas que buscan sancionar drásticamente las infracciones sanitarias» (Historia de la ley Nº 21.388).

3. Bases para redefinir la gobernanza de la autoridad sanitaria en materia fiscalizadora y sancionadora

A continuación, en un formato eminentemente esquemático, plantearé sucintamente ciertos principios sobre los cuales debiera redefinirse la gobernanza de la autoridad sanitaria en el ámbito fiscalizador y sancionador, con el propósito de dejar atrás las problemáticas del actual régimen del libro X del Código Sanitario y dar un salto cualitativo en el ejercicio de las potestades fiscalizadoras y punitivas de la Administración del Estado en el sector sanitario, especialmente al momento de evaluar las citadas actividades desde la óptica de las garantías y derechos fundamentales de los administrados.

En tanto rectora y articuladora de la gestión de la salud en el país y como parte de la Administración del Estado, la autoridad sanitaria debe observar los fines y principios consignados especialmente en la carta fundamental, la ley Nº 18.575 (artículo 3º), la ley Nº 19.880 (artículos 1º a 16) y el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005. No obstante, el replanteamiento del rol fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria involucra poner el acento en ciertos principios rectores, con el propósito de crear un modelo de gobernanza pensado desde la perspectiva y las necesidades de una comunidad regulada muy diversa y heterogénea; o, lo que es lo mismo, una función fiscalizadora y sancionadora pensada «para las personas».

Pues bien, la intención propuesta en las siguientes líneas no tiene otro fin que el de entregar luces, trazar líneas, poner sobre la mesa algunas ideas matrices para iniciar una discusión profunda y definitiva que perfile las bases sobre las cuales se redibujar la institucionalidad sanitaria en materia fiscalizadora y sancionadora.

Principios rectores para una nueva gobernanza en la acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria:

3.1. Principio de juridicidad

Constituye un principio esencial en la existencia de un Estado de derecho e informador de la actuación de los órganos de la Administración del Estado. En Chile, el principio de juridicidad posee raigambre constitucional (Constitución, artículos 6º y 7º), «presupone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico» (Bermúdez Soto, 2011: 64), determina la acción administrativa y limita el actuar de los actos del Estado, subordinándolo a la ley y a la Constitución.

Si bien no existe novedad alguna al incluirlo como principio rector de la acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria[31], sí resulta menester tener presente que la virtualidad del principio en comento da por supuesto, por una parte, que la actuación de la autoridad sanitaria deberá apegarse estrictamente a derecho y, por otro lado, que podrá realizar solo aquello para lo cual fue normativamente autorizada y nada más.

La sujeción estricta e integral de la autoridad sanitaria al derecho cobra una acentuada relevancia cuando el escrutinio sobre la legitimidad de su actuación se realiza respecto de los poderes y facultades que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para ser utilizados con carácter discrecional. No se debe olvidar que el ejercicio de las funciones fiscalizadoras y sancionadoras por parte de la autoridad sanitaria tendrá consecuencias directas e inmediatas en la vigencia de los derechos de las personas. Así, el ingreso de un fiscalizador a un restaurante repercute en el derecho de propiedad de su dueño —y el allanamiento con todavía más intensidad—; la imposición de una multa perjudica el patrimonio del infractor; la clausura o prohibición de funcionamiento de un almacén, obstaculiza el desarrollo de su actividad económica; o la suspensión del pase de movilidad atenta contra la libertad de reunión y la libre circulación.

Así las cosas, el uso arbitrario de dichas facultades constataría no solo la desviación de la función misma de la autoridad sanitaria, sino también el irrespeto a los derechos fundamentales de las personas administradas, cuya observación representa un límite a la actuación de todos los órganos del Estado (Constitución, artículo 5º, inciso segundo). En oposición, una buena gobernanza en las facultades fiscalizadoras y sancionadoras —esto es, el ejercicio discrecional y respetuoso de los derechos fundamentales de los administrados—, brindará a la autoridad sanitaria legitimidad democrática en su obrar.

---

31 Sin perjuicio de las aristas en las que puede desenvolverse el principio de legalidad —en los actos administrativos, en los procedimientos administrativos y en la sanción administrativa— en este apartado se analiza como principio general del acto administrativo y del ejercicio de la función pública.

3.2. Principio de servicialidad

Ya lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico, al:

1) declarar que «el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común» (Constitución, artículo 1º, inciso cuarto);

2) prevenir que «la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común» (ley Nº 18.575, artículo 3º, inciso primero); y

3) establecer que «las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública» (ley Nº 18.575, artículo 5º, inciso primero).

La «servicialidad» del Estado es, ante todo, un deber jurídico que la Constitución le ha impuesto al Estado, en razón de su condición esencialmente accidental e instrumental, concebido como un medio para el perfeccionamiento de las personas y para la consecución del bien común (Soto Kloss, 1995).

En esa línea, la autoridad sanitaria no habrá de olvidar que su rol es, ante todo, instrumental. Su función es proteger, promover y fomentar la salud en la población, erradicando o controlando los factores de riesgo presentes en el medio.

Pero cuidado, la operatividad práctica del principio de servicialidad es multifacética[32]. La autoridad sanitaria, en su función fiscalizadora y sancionadora, no solo puede plantearse como una mera policía sanitaria, que viene en castigar con la máxima severidad a quienes osen afectar o poner en riesgo la salud y seguridad de la comunidad. No implica solo un barrido de la mayor cantidad posible de conductas contrarias a las prohibiciones o deberes de conducta que la normativa sanitaria establece.

Si lo que busca la autoridad sanitaria es la verdadera modificación de conductas sociales en pos de la protección y promoción de la salud —como un bien que merece y exige su tutela de parte de todos los miembros de la comunidad—, su actuación fiscalizadora y sancionadora debe ser llevada a cabo con verdadera eficiencia, oportunidad, a través de las herramientas idóneas y ejerciendo sus potestades de modo proporcionado, razonable, no arbitrario, objetivo, imparcial y libre de discriminaciones fundadas en argumentos extrajurídicos.

---

32 Soto Kloss (1995) plantea que la operatividad de la servicialidad del Estado es «multifacética», pues abarca toda la actividad del legislador, del administrador, del contralor e incluso del juez. Para el administrador, prosigue el célebre profesor, el planteamiento constitucional de la servicialidad del Estado no significa solamente satisfacer genéricamente las necesidades de las personas o solo respetar los derechos de las personas, sino también procurar que su acción sea con eficiencia, oportunidad, idónea y proporcionada, razonable y no arbitraria, igualitaria y sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamento jurídico; y reconociendo, además, que su inacción —cuando debe actuar— es inconstitucional y contraria a los derechos de las personas.

Y esto último supone reconsiderar la acción fiscalizadora y el tratamiento sobre los sujetos infractores en la acción sancionatoria, puesto que, como se indicó, el propósito último de la autoridad sanitaria es modificar definitivamente las conductas de los miembros de la comunidad, de lo cual se sigue que la irrupción del Estado sobre los particulares, en cumplimiento de sus funciones de fiscalización y punitiva, debe ser tanto eficaz, eficiente, como plenamente respetuosa de los derechos fundamentales.

Por supuesto que, en no pocas ocasiones, la reacción de la autoridad sanitaria deberá manifestarse utilizando las herramientas sancionatorias más severas que el ordenamiento jurídico-sanitario provee, para dar señales claras a la comunidad en cuanto al significado social de la protección de la salud y sus múltiples beneficios para la población. Pero esto no habrá de ser una regla generalísima e inmutable: si la autoridad sanitaria quiere buscar, en realidad, un verdadero cambio conductual en los administrados, necesita abrir su abanico de acciones, abrir territorios de colaboración con la comunidad e incluso involucrar en las nuevas estrategias a los infractores.

El infractor no puede transformarse en un paria para la autoridad sanitaria, en un ente que debe ser eliminado del sistema social, al volverse merecedor del yugo y de los castigos más ominosos posibles por sus conductas ilegítimas en el orden sanitario. Al final del día, también debe formar parte de ese círculo virtuoso de respeto y tutela de la salud y seguridad de la comunidad, porque el Estado se posiciona al servicio de todas las personas y cuando se dice de todas, son realmente toda[33] .

3.3. Principio preventivo

«En el Estado administrativo moderno es imperativo que la legislación sea efectiva, esto es, que alcance los objetivos para los cuales fue diseñada» (Soto Delgado, 2016: 189). Si bien el régimen sancionador es una herramienta esencial para hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones higiénicas y no obstante lo anotado por Soto Delgado (2016), en cuanto a que «las sanciones administrativas constituyen herramientas institucionales que[,] puestas en marcha[,] permiten encauzar la conducta de los administrados hacia los objetivos perseguidos por la regulación» (página 195), tanto la normativa como las estrategias de actuación institucional requieren ser perfiladas de acuerdo a las propias y peculiares características de los sujetos regulados.

La autoridad sanitaria, con ocasión de la crisis provocada por el coronavirus, se ha visto forzada a configurar, en un brevísimo tiempo, una detallada normativa, llena de deberes y prohibiciones, redirigiendo sus esfuerzos a una

33 «Si quieres ser rey, sirve a tus conciudadanos —ya que solo eres el primero en el honor entre tus iguales—; si no quieres servir, no gobiernes, porque solo serás signo de discordia y de desunión, de violencia y de iniquidad» (Soto Kloss, 1995: 27).

amplísima categoría de sujetos regulados. Para garantizar la eficacia de este nuevo entramado regulatorio, se ha requerido reforzar el brazo fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria, mediante un plan de acción que incluyó una masiva contratación de fiscalizadores, abogados y todo un brazo de profesionales de la salud para cumplir los objetivos de vacunación, testeo, trazabilidad y aislamiento que se ha propuesto el Estado para contrarrestar los efectos de la pandemia.

No obstante la enorme labor que la salud pública nacional ha desarrollado durante los últimos años, lo cierto es que se hace cada vez más necesario revisitar su planificación y no solo respecto de la pandemia sino en todas las áreas de la acción sanitaria, echando nuevas raíces desde un enfoque esencialmente preventivo. Al respecto, se requiere de una normativa versátil, programas de acción fiscalizadora eficaces y racionalizados, y un esquema sancionatorio eficiente y acoplado a la diversidad de realidades que se reflejan en los administrados.

De este modo, los instrumentos regulatorios ligados a la prevención[34] deben constituir uno de los ejes de acción primaria en la acción sanitaria[35].

3.4. Principio de cooperación

En tanto también principio inspirador de la actuación administrativa, requiere ser insertado de manera decisiva en los planes, programas y estrategias de acción fiscalizadora y sancionadora de la autoridad sanitaria. En la búsqueda de la modificación de las conductas indeseadas y riesgosas para la salud pública realizadas por administrados de muy diversa categorización —estudiantes, almacenes, constructoras, supermercados, compañías aéreas, trabajadores, dueños de mascotas, vendedores ambulantes, trabajadoras sexuales, adultos mayores, comunidades indígenas, mujeres, menores de edad—, la fiscalización y sanción pecuniaria como única herramienta de la Administración actualmente constituye más un problema que una solución efectiva para la autoridad sanitaria. Ello, toda vez que:

1) no se hace cargo de las particulares realidades de miembros de la comunidad que merecen especial consideración;

2) no se involucra con el necesario enfoque de género ni con las consideraciones biopsicosociales que rodean la comisión de alguna conducta en abstracto punible; y

34 Como las fiscalizaciones preventivas, las capacitaciones, los programas educativos o de difusión, la preparación de proyectos de ley o normas reglamentarias con un enfoque preventivo, etcétera.

35 El propósito de fortalecer el precitado enfoque anterior no viene sino a consolidar la pretensión primordialmente preventiva, de fomento y promoción de las políticas de salud del Ministerio de Salud.

3) no advierte los costos que implica poner en movimiento el aparataje estatal frente a los escasos frutos que se logran obtener en relación con la disuasión de conductas riesgosas para la salud y con los cambios positivos en las conductas higiénicas y de seguridad de la comunidad regulada.

Así las cosas, se deben pensar en estrategias de acción no adversarial, cooperativas, en las cuales se promueva la participación, el traspaso continuo de información, la autorregulación y la autofiscalización como primer eje de intervención. De ese modo, la clásica fiscalización y la aplicación de sanciones pecuniarias aparecerían solo una vez que las primeras estrategias de acción resulten insuficientes respecto de la persona regulada e infractora[36]. Esta vez, la sanción se integraría —como en derecho penal— como la *ultima ratio* de todo el esquema fiscalizador y sancionador en el compendio de herramientas de enforcement de la autoridad sanitaria, a fin de obtener el máximo respeto de la normativa de parte de la comunidad y un uso más eficiente y racional de recursos públicos.

Algunas experiencias comparadas que materializan el principio de cooperación también podrían llegar a ser aplicables —aunque requieren de modificaciones legislativas—, como por ejemplo algunas de las ilustradas por Bermúdez Soto (2011): la «terminación convencional del procedimiento administrativo» y el acceso a otros mecanismos de resolución de conflictos —mediación, arbitraje, conciliación—.

En definitiva, la consecución de este principio motiva la concepción del andamiaje fiscalizador y sancionador desde un enfoque multidimensional y de derechos, integrando las particulares realidades de cada persona administrada y sujeto regulado; y considerando los rasgos específicos de miembros de la comunidad que requieren de una especial consideración, por las condiciones desmedradas en las que conviven frente al resto de la población y los riesgos específicos que padecen[37].

3.5. Principios de eficiencia y eficacia

Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos —principio de eficiencia— y por el debido

36 Al respecto, interesante resulta lo planteado por Soto Delgado (2016) sobre la formulación de modelos responsivos, con una variedad de medidas y estrategias de regulación, que otorguen suficiente adaptabilidad a la Administración en el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras y punitivas.

37 La autoridad sanitaria debe considerar que la normativa que va creando repercute de manera muy distinta conforme a los diversos perfiles de la población. El impacto de una intervención institucional de corte tradicional, esencialmente punitivo, en los grupos vulnerables puede causar el efecto exactamente contrario al esperado, deslegitimando la acción sanitaria, y convertir en letra muerta los deberes de actuación dispuestos y las prohibiciones establecidas. En la aspiración por una planificación idónea, una nota de distinción va para Lustig y Tommasi (2020), quienes consignan certeras recomendaciones para el diseño y ejecución de respuestas institucionales más eficaces.

cumplimiento de la función pública –principio de eficacia– (ley Nº 18.575, artículo 5º). En ese orden, es preciso considerar que la autoridad sanitaria debe cumplir con los principios de eficiencia y eficacia, velando por la eficiente administración de los recursos públicos para el mejor desarrollo de su función pública.

El contenido de estos principios interpela a la institucionalidad fiscalizadora de la autoridad sanitaria, en el sentido de exigirle la máxima calidad en su gestión y la mejor administración de los escasos recursos con los que cuenta.

Es por ello que las fallas en las fiscalizaciones, por defectos en la instrucción y capacitación de los inspectores[38] o por mala o incompleta información proveída a dichos funcionarios de parte de las jerarquías u otras instancias respectivas[39], originan un importante dispendio de recursos –tiempo, personas y bienes materiales–, especialmente cuando aquello se traduce generalmente en la apertura de procedimientos sancionatorios inoficiosos.

Por su parte, el ejercicio de la potestad sancionadora constituye no solo una debilidad, sino una amenaza para el funcionamiento racional, adecuado y legítimo de la potestad punitiva del Estado en el ámbito sanitario[40], si no reúne los siguientes requisitos:

1) un trabajo fuertemente coordinado con las instancias técnicas que le sirven de apoyo;

2) canales de información rápidos y eficientes entre los órganos que participan o pueden participar durante el transcurso de los procedimientos sancionadores instruidos[41];

3) criterios y procedimientos de trabajo interno estandarizados, formalizados y publicitados para la iniciación, instrucción y finalización de los procedimientos sumariales;

4) profesionales con una formación jurídica de excelente y reconocida capacidad de trabajo individual y en equipo; y

38 Por ejemplo, en el contexto de la fiscalización de las medidas sanitarias dispuestas por el brote de COVID-19, al llevar a cabo inspecciones e instruir sumarios por hechos que, derechamente, no constituyen infracción sanitaria.

39 Por ejemplo, con ocasión del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas por el brote de COVID-19, al fiscalizar personas no obligadas a cumplir cuarentenas o aislamientos –porque cumplieron los requisitos para interrumpir la medida o porque tenían una autorización para ello otorgada por la propia autoridad sanitaria–.

40 Que pueden representarse, en la práctica, en la debilitación del deber de motivación de los actos administrativos, el establecimiento de sanciones injustas y la conculcación de derechos fundamentales de los administrados durante la tramitación de los sumarios sanitarios –por restricciones al derecho a la defensa, al principio de inocencia, a los principios de contradictoriedad y bilateralidad de la audiencia, al derecho a acceder al expediente, al derecho a recurrir, entre otros–.

41 Canales de información aptos para otorgar antecedentes completos y pertinentes en los sumarios sanitarios que lo requieran por su complejidad.

5) más objetivos que los de imponer sanciones pecuniarias a diestra y siniestra —con la única intención de infundir en la población una insensata sensación de temor reverencial al sistema, en vez de propender hacia una transformación del significado y la valoración que la sociedad tiene de los deberes en materia de salud, higiene y seguridad—.

Así las cosas, la autoridad sanitaria debe hacer frente a los riesgos que trae consigo la mala utilización de los recursos fiscales y la actividad ociosa, dispendiosa o ilegítima de las potestades públicas que posee, tomando nota, por ejemplo, de las siguientes iniciativas:

1) profundizar la coordinación interna, modernizando y fortaleciendo los canales de información entre departamentos y subdepartamentos;

2) reconocer con claridad los roles que cada funcionario tiene en la fiscalización y en los procedimientos sancionatorios instruidos;

3) emitir instrucciones internas, circulares, resoluciones u otros actos administrativos sobre la labor fiscalizadora y sancionatoria, y revisar y actualizar las ya existentes, todo con la debida publicidad;

4) diseñar e implementar los planes y programas de inducción, acompañamiento, formación y desarrollo necesarios y pertinentes para los funcionarios que se involucrarán en cada área de gestión de las funciones de fiscalización y sancionadora;

5) perfeccionar la gestión de personas desde el reclutamiento y selección hasta el término de los servicios, considerando mecanismos de evaluación permanentes e idóneos;

6) promoción de buenas prácticas laborales, tales como:

   a) políticas de trabajo mancomunado,

   b) creación de redes colaborativas entre pares,

   c) políticas de buen trato,

   d) generación de ambientes laborales horizontales,

   e) escuelas de formación y capacitación,

   f) estrategias de gestión del conocimiento,

   g) programas de reconocimiento,

   h) planes de fortalecimiento de las habilidades directivas,

   i) políticas de trabajo flexible;

7) involucrar la perspectiva de género en cada estrategia de acción;

8) creación de códigos de ética sobre conducta funcionaria;

9) programas de cumplimiento;

10) esquemas de auditoría externa e independiente, adaptados a la realidad de las funciones de fiscalización y sancionadora.

En esta línea, reveladoras son las conclusiones a las que ha arribado recientemente la Contraloría General de la República (2021) con ocasión de una auditoría efectuada a la Secretaría Regional Ministerial de Salud región Metropolitana, en relación con las sanciones aplicadas por dicha repartición, en el marco de los sumarios sanitarios instruidos en el período comprendido entre los años 2017 y 2020. El informe emanado del órgano contralor, en síntesis, da cuenta de:

1) instrumentos de fiscalización desactualizados,

2) inexistencia de perfiles de cargo de la entidad,

3) inconsistencias y falta de integridad en las bases de datos de sumarios sanitarios informadas,

4) fallas en la coordinación para el registro de pagos de multas,

5) deficiencias en la contabilización de las multas impuestas y en las gestiones de cobranza y registro de multas impuestas,

6) falta de control en el régimen de cobranza de multas,

7) deficiencias en la notificación de sentencias dictadas a sus correspondientes infractores y retardo excesivo en la conclusión de sumarios sanitarios.

Todo lo cual socava los principios referidos en este apartado.

3.6. Principio de probidad

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular (ley Nº 18.575, artículo 52, inciso segundo; ley Nº 20.880, artículo 1º, inciso segundo).

En los tiempos actuales, las instituciones públicas están sometidas al constante escrutinio de la comunidad y deben convivir con altos niveles de desconfianza —especialmente cuando en su seno acaecen situaciones que horadan la legitimidad de la actuación administrativa—. Por esta razón, el deber de respeto del principio de probidad no es un asunto de mero cumplimiento de los estándares

mínimos exigidos por la ley, ni mucho menos una cuestión simplemente estética, que permita alcanzar una mejor evaluación de parte de la sociedad sobre la base de la exposición de números grandilocuentes y que representen, en apariencia, una buena administración.

Si bien no existe una especial reprobación de parte de la población a las acciones desplegadas por la autoridad sanitaria y no se advierten graves observaciones o reproches por conductas contrarias a la probidad que sean sistemáticas o que formen parte de la cultura organizacional de la institucionalidad sanitaria —en efecto, la acción pública en materia sanitaria en contexto COVID-19 ha sido de las más aplaudidas últimamente, sin observarse graves fallas en relación con conductas deshonestas o reñidas con la ética pública—, sí hay que dejar asentado que la propia estructura organizativa de la Administración del Estado, en general, y la institucionalidad sanitaria, en particular, dejan abiertas sendas puertas para el ingreso y repetición de conductas contrarias a una administración recta.

Ante ello, la autoridad sanitaria se ve compelida a enfrentar firmemente, entre otros actos que contradicen la ética, moral y el carácter técnico que debe caracterizar su obrar:

1) el tráfico de influencias;

2) los conflictos de intereses;

3) el adelantamiento o la dilación injustificada de la decisión en un procedimiento administrativo;

4) la acción sanitaria fundada en motivaciones políticas bajo el velo de la protección de la salud pública;

5) el ejercicio ilegítimo de facultades o atribuciones administrativas de parte de los servidores públicos;

6) la intervención de funcionarios en asuntos que le resten imparcialidad;

7) el dispendio y la desviación de recursos;

8) la ejecución de actividades con fines ajenos a los institucionales;

9) la minusvaloración del mérito y de las capacidades de los funcionarios;

10) los actos de discriminación, abusivos y restrictivos de derechos funcionarios y laborales;

11) el ingreso de personas a la Administración por consideración políticas y no técnicas; y

12) la subutilización o subestimación de talentos profesionales;

Más que recomendar herramientas y estrategias de acción en el abordaje de las problemáticas referidas a la probidad administrativa, lo determinante en este punto es apreciar, con claridad meridiana, qué es lo que se busca resguardar con los nuevos planes e instrumentos que se propongan. Desde esa perspectiva, parece razonable tener presente que es la confianza de la comunidad en la autoridad sanitaria lo que se encuentra en juego y resulta imperativo proteger, máxime cuando de aquello depende, en buena medida, el éxito o fracaso de las políticas públicas en salud.

La confianza es uno de los activos fundamentales que debe salvaguardar la autoridad sanitaria para mantenerse fortalecida como institución y sostener la legitimidad de su accionar en el territorio de la salud pública, especialmente cuando este envuelve generalmente la restricción de derechos fundamentales de los administrados, como ocurre, por antonomasia, en el ámbito fiscalizador y sancionatorio.

Sostenida en el referido predicamento, la actuación de la autoridad sanitaria debe procurar especialmente:

1) capacitación permanente de los servidores públicos en materia de probidad administrativa;

2) elaboración de códigos de conducta funcionaria;

3) generación de canales de denuncia eficientes y que garanticen la protección de la parte más débil, con objetividad e imparcialidad;

4) elaboración de políticas de transparencia institucional;

5) promoción de buenas prácticas de transparencia específicas en materia fiscalizadora y sancionatoria;

6) publicitación y estandarización de los criterios de actuación funcionaria en el ámbito fiscalizador y sancionador.

Conclusiones: por una autoridad sanitaria «para las personas» y no «a pesar de las personas»

La historia de la salud pública nacional se encuentra marcada por notables hitos normativos y por grandes transformaciones institucionales. Y no pocos de ellos son herederos de importantes crisis sanitarias sufridas en el país.

Tanto el proceso político-social originado con la revuelta social de octubre de 2019 como la propia pandemia evidenciaron, con mucha dureza, las desigualdades estructurales existentes en nuestro país. Asimismo, tales acontecimientos han exhibido –y continúan demostrando– la fragilidad del aparataje estatal en múltiples áreas, no siendo la salud una excepción, más allá de que las políticas públicas adoptadas durante la actual crisis sanitaria han logrado evitar muchos de los peores escenarios que se avizoraban.

La verdad sea vuelta a decir: la pandemia también ha manifestado, ostensiblemente, la necesidad de reformas estructurales a la institucionalidad sanitaria, dentro de las cuales merece ser incluida la revisión de las facultades fiscalizadoras y sancionadoras de la autoridad sanitaria.

Urge una nueva concepción del rol fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria y una reforma integral a las normas del Código Sanitario que delinean aquellas potestades. Como lo sostuve líneas atrás, la resolución de las problemáticas más relevantes del sistema fiscalizador y sancionador de la autoridad sanitaria pasan, en buena medida, por erradicar el entendimiento de la acción fiscalizadora y sancionadora como funciones pensadas «a pesar de las personas», trasladándose hacia la comprensión de una potestad fiscalizadora y sancionadora «para las personas».

Este nuevo perfil planteado adquiere aún más sentido en un contexto de discusión sobre la reestructuración del Estado desde la visión de los derechos fundamentales de la ciudadanía, retirando la ordinaria inteligencia de un servicio público construido desde las potestades que ejerce sobre los ciudadanos (Linazasoro Espinoza & Cornejo Martínez, 2020).

Lo anterior implica revisitar la vitalidad de ciertos principios rectores de la actuación administrativa –juridicidad, servicialidad, preventivo, cooperación, eficiencia, eficacia y probidad–, proyectándolos de forma manifiesta en el ordenamiento jurídico sanitario y llevándolos a la práctica dentro de la organización de la autoridad sanitaria.

Referencias

- Bermúdez Soto, Jorge. (2011). *Derecho administrativo general* (2ª edición) Legal Publishing Chile.
- Cid Pedraza, C. & Uthoff Botka, A. (2017). La reforma a la salud pendiente en Chile: reflexiones en torno a una propuesta de transformación del sistema. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 41, 1-9. DOI: 10.26633/RPSP.2017.170

- Comisión ESP-Colmed. (mayo de 2018). *Propuestas para una reforma integral al financiamiento de la salud en Chile.* http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2018/05/Propuesta-Reforma-de-Financiamiento-Integral-a-la-Salud.pdf
- Contraloría General de la República. (2021). *Informe final Nº 736, de 29 de noviembre de 2021, de la Primera Contraloría Regional Metropolitana de Santiago, sobre auditoría a las sanciones sanitarias aplicadas por la Secretaría Regional Ministerial de Salud región Metropolitana, en el marco de sumarios sanitarios substanciados entre los años 2017 y 2020.* https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/auditoria/9c8a066e072dc37eb7b49b4ef462c131/html
- Cruz-Coke Madrid, R. (2000). Patrimonio histórico de la medicina chilena. *Anales de la Universidad de Chile, VI serie: 12*. http://web.uchile.cl/vignette/anales/CDA/an_complex/0,1279,SCID%253D3631%2526ISID%253D261%2526ACT%253D0%2526PRT%253D3625,00.html#
- Laval Román, E. (2003). Chile 1918: las dos epidemias. *Revista Chilena de Infectología*, 20(Supl. notashist), 133-135. https://dx.doi.org/10.4067/S0716-10182003020200049
- Linazasoro Espinoza, I. & Cornejo Martínez, C. (2020). El derecho a una buena Administración pública en las constituciones a propósito del debate constitucional chileno. *Revista de Derecho Público,* (93), 49-83. doi:10.5354/0719-5249.2020.57586
- Lustig, N. & Tommasi, M. (2020). El COVID-19 y la protección social de los grupos pobres y vulnerables en América Latina: un marco conceptual. *Revista de la CEPAL*, 132, 283-295. https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46836?locale-attribute=en
- Paredes Escobar, M. C.; Pesse-Sorensen, K. & Barros Rubio, X. (2020). Ética de la salud pública: propuesta sobre los principios fundamentales que guían las responsabilidades éticas del estado en el contexto pandemia COVID-19. *Revista Médica de Chile,* 148(10), 1481-1488. https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872020001001481
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *The Council on the Economics of Health for All. Manifesto.* https://cdn.who.int/media/docs/default-source/council-on-the-economics-of-health-for-all/who-council-eh4a_manifesto_09112021.pdf?sfvrsn=788671_5
- Soto Delgado, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22(2), 189-226. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007
- Soto Kloss, E. (1995). La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad. *Revista de Derecho Público*, 1995(57/58), 13-28. https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43339/45324

HISTORIA DE LA LEY

- Historia de la ley Nº 21.388, *que modifica el Código Sanitario en lo relativo al cobro de multas.* https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7928/HLD_7928_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

BOLETINES

- Boletín Nº 9.914-11. *Proyecto de ley, iniciado en moción de los senadores Girardi, Goić, Ossandón, Rossi y Zaldívar, que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias,* 10 de marzo de 2015.https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10335&prmBOLETIN=9914-11.

- Boletines Nºs. 13.818-11, 13.806-11, 13.817-11, 13.821-11 y 13.838-11, refundidos. *Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para regular el ejercicio de distintas profesiones del área de la salud como parte de un equipo médico,* 20 de abril de 2021. https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14363&prmBOLETIN=13806-11.

- Boletín Nº 13.863-11. *Proyecto de ley, iniciado en mensaje del presidente de la República, que reforma el Fondo Nacional de Salud y crea un plan de salud universal,* 28 de octubre de 2020. https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14424&prmBOLETIN=13863-11

Normativa

- Ley S/N, *Constitución Política de la República de Chile.* Texto original. Diario Oficial de la República de Chile, 18 de septiembre de 1925. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=131386&idVersion=1925-09-18

- Ley Nº 3.385, *Código Sanitario.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de junio de 1918. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=169255&idVersion=1918-06-22&idParte=8919795

- Ley Nº 19.497, *introduce modificaciones al Código Sanitario.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de marzo de 1997. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=70042&idVersion=1997

- Ley Nº 19.880, *establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 29 de mayo de 2003. Última modificación 23 de febrero de 2017. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676

- Ley Nº 20.416, *fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.* Diario Oficial de la República de Chile, 3 de febrero de 2010. Última modificación 9 de junio de 2020. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010668

- Ley Nº 20.880, *sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.* Diario Oficial de la República de Chile, 5 de enero de 2016. Última modificación 18 de noviembre de 2021.http://bcn.cl/2f96y

- Ley Nº 21.388, *modifica el Código Sanitario en lo relativo al cobro de multas.* Diario Oficial de la República de Chile, 28 de octubre de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1167103

- Ministerio de Salud Pública. (1968). *Decreto con fuerza de ley Nº 725, de 1967, que aprueba el Código Sanitario.* Diario Oficial de la República de Chile, 31 de enero de 1968. Última modificación 28 de octubre de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5595&idParte=0

- Ministerio de Salud. (2006). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 2.763, de 1979, y de las leyes Nº 18.933 y Nº 18.469.* Diario Oficial de la República de Chile, 24 de abril de 2006. Última modificación 14 de junio de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=249177

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2001). *Decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 11 de marzo de 2022. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional. Causas roles:

- Nº 1.345 (2009), sentencia de 25 de mayo de 2009.

- Nº 8.823 (2020), sentencia de 21 de diciembre de 2020.

- Nº 9.707 (2020), sentencia de 4 de enero de 2022.

- Nº 10.383 (2021), sentencia de 25 de noviembre de 2021.

DESCENTRALIZACIÓN FISCAL EN CHILE: DEBATE Y URGENCIA DESDE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA

FISCAL DECENTRALIZATION IN CHILE: DEBATE AND URGENCY FROM THE ARAUCANÍA REGION

Jean Paul Sepúlveda Salgado[1]

Resumen

La dimensión fiscal de la descentralización constituye, desde la literatura, un paso clave en el aumento de la autonomía de los gobiernos subnacionales y locales, fortaleciendo la gestión, la toma de decisiones y el grado de democratización de estos estratos de gobierno. Sin embargo, en Chile esta dimensión posee variadas interrogantes tanto de avance, debate y de estudio, que no permiten determinar en qué estado se encuentra la temática y de qué forma avanzar, predominando avances políticos administrativos que, al no contemplar mayores atribuciones fiscales, restringen el nivel de descentralización esperado en cada reforma iniciada.

Por tal motivo, el presente estudio abarca la prioridad que representa la descentralización fiscal en Chile para los gobiernos regionales y municipios del país, desde una región en particular, utilizando un enfoque cualitativo de tipo estudio de caso —exploratorio—. Las conclusiones derivadas de la investigación, indican que esta dimensión es una prioridad urgente para los estratos subnacionales/locales, la cual debe contemplar necesariamente modificaciones a la estructura fiscal y el equilibrio en la generación de recursos en cada nivel de gobierno, produciendo así, adecuadas condiciones de implementación que aseguren los objetivos planteados en el ámbito de la descentralización.

Palabras clave: descentralización – autonomía – gobiernos regionales – municipios – reforma

1 Administrador público de la Universidad Católica de Temuco, contralor ciudadano, magíster en Política y Gobierno de la Universidad de Concepción.

Abstract

The fiscal dimension of decentralization constitutes, according to literature, a key step in increasing the autonomy of subnational and local governments, strengthening management, decision-making and the level of democratization of these levels of government. Nevertheless, in Chile this dimension raises several questions with regards to progress, debate, and study, which do not allow to determine the current status of the subject and how to move forward, with a predominance of political-administrative developments that, by not contemplating greater fiscal attributions, restrict the level of decentralization expected in each reform initiated.

For this reason, this study covers the priority that fiscal decentralization in Chile represents for the country's regional governments and municipalities, from a particular region, using a qualitative case study approach –exploratory–. The conclusions drawn from the research indicate that this dimension is an urgent priority for the subnational/local levels, which must necessarily contemplate modifications to the fiscal structure and the balance in the generation of resources at each level of government, thus creating adequate implementation conditions to ensure the objectives set in the field of decentralization.

Keywords: decentralization – autonomy – regional governments – municipalities – reform

Introducción

Durante los últimos años, en Chile se han concretado diferentes avances en materia de descentralización, los cuales han significado tanto mayores capacidades institucionales para la gestión regional y local como también mayores grados de autonomía para estos estratos de gobierno. La concreción última de dichos avances se observa en la elección de los gobernadores regionales –a través de las leyes Nºs. 20.990 y 21.073– en el fortalecimiento de la regionalización del país –ley Nº 21.074–, los que transforman la estructura político-administrativa actual y la forma en que las entidades subnacionales llevan a cabo su administración territorial y la interacción con los otros niveles de gobierno.

No obstante, los progresos realizados en el país se han dirigido principalmente hacia lo que la literatura identifica como descentralización administrativa y política, sin que se haya producido un avance explícito en materia de descentralización fiscal. Para Delamaza Escobar y Cunill Grau (2012: 37), la dimensión fiscal constituye una variable crítica en cuanto a que el financiamiento

y la gestión de los recursos regionales o locales permiten el desarrollo de la autonomía financiera y, por consiguiente, de una real autonomía política de los gobiernos subnacionales respectivos. De la misma forma, para Aghón (1993), el establecimiento y ejecución de funciones en gastos en un contexto descentralizado resulta indudablemente inútil si estos niveles de gobiernos no cuentan con los recursos financieros correspondientes.

En consideración a aquello, el estudio se aboca a esta temática y se concentra principalmente en los gobiernos subnacionales y locales –regionales y municipales en el caso chileno– por dos motivos:

1) Porque constituyen actores estatales claves en materia de descentralización (Delamaza Escobar & Cunill Grau, 2012).

2) Chile se ha caracterizado por débiles gobiernos subnacionales para implementar aquellas prácticas vinculadas a procesos de descentralización (SUBDERE, 2009, en Díaz López, 2016: 470), por lo que se requiere de investigaciones con una mirada desde los territorios y sus capacidades propias para desarrollar prácticas descentralizadoras (Díaz López, 2016).

Por lo tanto, el enfoque territorial del estudio corresponde a la región de La Araucanía, compuesta por 2 provincias: Malleco –con 11 comunas– y Cautín –con 21 comunas–. Su particularidad radica en que en dicho espacio socioterritorial es la zona más pobre del país según las últimas dos encuestas de caracterización de socioeconómica nacional (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2015; 2017) tanto a nivel de ingresos como a nivel multidimensional –23,6 y 17,2 en ingresos; 29,2 y 28,5 multidimensional, respectivamente–, contando con un índice de desarrollo humano más bajo del país con 0,692 (PNUD, 2018: 5) y con municipios caracterizados por un manejo financiero deficiente detectado en el «Semáforo de calidad de información contable municipal 2017» de la Contraloría General de la República, en donde solo 12 municipalidades determinaron correctamente su presupuesto de saldo inicial de caja.

Conforme a lo anterior, el presente trabajo busca responder específicamente a la pregunta ¿cuáles son las principales perspectivas regionales y municipales en la región de La Araucanía sobre descentralización fiscal en Chile?, fundamentada en los siguientes objetivos:

a) Objetivo general:

- Describir las principales perspectivas regionales y municipales de la región de La Araucanía sobre descentralización fiscal en Chile.

b) Objetivos específicos:

- Identificar la forma en que se llevan a cabo las distintas decisiones presupuestarias a nivel regional y local.

- Identificar las diferentes posturas sobre la temática de autoridades nacionales, regionales y locales.
- Determinar las capacidades instituciones actuales y necesarias para la descentralización fiscal en el país.

La estructura de este trabajo se encuentra establecida de la siguiente manera:

1) En la primera sección se aborda la fundamentación del estudio –llámese marco teórico–, identificando los diferentes alcances y aproximaciones de la descentralización y, en particular, de la descentralización fiscal. Además, se establece la hipótesis y la metodología utilizada para el desarrollo de esta investigación.

2) En la segunda sección, se realiza un análisis fiscal e institucional de los gobiernos regionales y las municipalidades en Chile, identificando las distintas características que constituyen a estos niveles de gobierno en dicha dimensión.

3) La tercera parte presenta los resultados obtenidos durante el desarrollo de la investigación, haciendo énfasis en los alcances diferenciadores de cada nivel de gobierno analizado.

4) En la cuarta y última sección, se abordan las conclusiones generadas a partir de lo discutido e investigado, contemplando orientaciones e interrogantes para futuros estudios en la materia.

1. Marco teórico

1.1. Descentralización: modalidades, dimensiones y relevancia fiscal

La descentralización, tanto en su fase de formulación como en su implementación, se plantea como un desafío complejo para diferentes gobiernos y contextos que requieren tanto de una claridad expresa de cada uno de los procesos que conlleva, como también, de una identificación conceptual/institucional respecto a cómo y desde qué ámbito descentralizar.

En este sentido, Falleti (2006) identifica a la descentralización como «un proceso de reforma del Estado compuesto por un conjunto de políticas públicas que transfieren responsabilidades, recursos o autoridad de los niveles más altos de gobierno a los más bajos» (página 320). Del mismo modo, para Montecinos (2005) el concepto se refiere a «aquel proceso de transferencia de poder político, fiscal y administrativo» desde el gobierno central hacia los niveles más bajos de gobierno (página 74).

Desde una perspectiva práctica, Rondinelli (1989, citado en Finot, 2001) define a la descentralización como «la transferencia de responsabilidades de planificación, gerencia y recaudación y asignación de recursos, desde el gobierno central y sus agencias a unidades subnacionales y locales». En otras palabras, corresponde a «la transferencia de competencias y recursos de un nivel central de gobierno —por ejemplo, un ministerio— hacia otro de distinto origen y que guarda autonomía —por ejemplo, un municipio—» (Carrión, 2003).

Restrepo Botero (2004), Falleti (2006), Finot (2005, citado en Arredondo Salinas, 2011) y Carranza Ugarte y Tuesta Cárdenas (2013) concuerdan en la existencia de al menos tres dimensiones de descentralización:

1) Descentralización administrativa: transferencia a los gobiernos subnacionales de la administración de funciones, recursos y competencias, desde una entidad central a otra del nivel del subnacional y local.

2) Descentralización política: transferencia de poder político a través de reformas constitucionales y electorales que permiten nuevos espacios de representación subnacional, por ejemplo, la elección de las respectivas autoridades en estos niveles de gobierno.

3) Descentralización fiscal: aumento de autonomía fiscal de los gobiernos subnacionales o locales, en el cual se transfieren competencias en el área de finanzas públicas, principalmente en el ámbito de la generación de ingresos propios y de gasto fiscal.

Ahora bien, considerando estas dimensiones, se identifican diferentes modalidades de la descentralización, como la devolución, delegación, desconcentración y privatización (Rondinelli, 1989, citado en Boisier Etcheverry, 2008; Arredondo Salinas, 2011). No obstante, un punto importante en la literatura estudiada, en cuanto al concepto de descentralización en su conjunto, es la importancia de la descentralización fiscal.

En este contexto, para Finot (2001) la autonomía de tipo financiera es clave, dado que implica el derecho de las comunidades subnacionales de autoimponerse en función de sus intereses y necesidades territoriales. Situación similar exponen Palma y Rufián (1989, citados en Finot, 2001), los cuales recalcan que, en el marco de una descentralización política, tiene que haber autonomía en las decisiones y esta se ejerce cuando se decide qué, cuánto y con qué recursos proveer.

Asimismo, en la teoría secuencial de descentralización de Falleti (2006), la descentralización fiscal se comprende como aquella etapa intermedia que concreta tanto el grado de autonomía administrativa como el de autonomía política de las autoridades democráticamente electas, independientemente de si el proceso se inicia desde el nivel central o desde las divisiones locales/

regionales. Por lo tanto, al no contar con recursos necesarios, las otras dimensiones de la descentralización se limitan en ámbito de acción: «es reconocido que las competencias devueltas requieren de los respectivos financiamientos» (Delamaza Escobar & Cunill Grau, 2012: 37).

En consideración a aquello y a partir de esta breve discusión, el siguiente apartado se concentra en el objeto de estudio del trabajo, siendo específicamente la descentralización fiscal, detallando tanto su relevancia como los diferentes enfoques y componentes desde los que se ha estudiado.

1.2. Descentralización fiscal: complejidad práctica y conceptual

Anteriormente, el concepto de descentralización fiscal fue definido como aquel aumento de autonomía fiscal de los gobiernos subnacionales o locales, en el cual se transfieren competencias en el área de finanzas públicas, principalmente en el ámbito de la generación de ingresos propios y de gasto fiscal (Restrepo Botero, 2004; Falleti, 2006; Finot, 2005, citado en Arredondo Salinas, 2011; Carranza Ugarte & Tuesta Cárdenas, 2013).

No obstante, han surgido diversos enfoques y aproximaciones teóricas respecto a la forma en que se han implementado los diferentes avances en esta materia. Así, y como primera aproximación, Tiebout (citado en Mendes, 2004) expresa que este tipo de descentralización podría inducir a los consumidores a revelar sus preferencias por los bienes públicos. La idea del autor es que, en lugar de tener un solo gobierno que trata de adivinar las prioridades de los ciudadanos para suministrarles bienes generales, el territorio nacional podría ser asumido en distintas jurisdicciones con un pequeño gobierno, en donde cada uno de estos ofrecería un conjunto diferente de bienes públicos y cada familia elegiría vivir en la jurisdicción donde el gobierno otorgara la canasta de bienes e impuestos apropiada a sus intereses. En un segundo enfoque, el teorema de la descentralización de Wallace Oates (1977) recalca que, para una provisión de bienes públicos de manera eficiente, la función de asignación debe ser realizada por los gobiernos subnacionales y locales en lugar del nivel central, específicamente, en aquellos bienes geográficamente diferenciados. En ese sentido, se argumenta desde este teorema que el nivel central provee de manera prefijada y excesivamente uniformada a una variedad de demandas sociales, mientras que en los estratos de gobierno más bajos —subnacionales y locales— se pueden producir mejores respuestas y, por tanto, mayor eficiencia fiscal (Aghón, 1993; Vivar Águila, 2012), dado el grado de cercanía y de conocimiento sobre los problemas y soluciones que más afectan e interesan en su distrito.

Ahora bien, para Mendes (2004) existen dos elementos teóricos importantes a considerar en la comprensión de la descentralización fiscal a partir de estos enfoques señalados. En primer lugar, Tiebout se basa en la movilidad para revelar las preferencias de los ciudadanos, mientras que en Oates, los gobiernos

ya conocen los deseos de la población, por lo que, bajo una diferenciación de funciones y autonomía, seguirían existiendo ganancias de estos últimos niveles de gobierno. En segundo lugar, Tiebout da una importancia mayor a la competencia horizontal entre las distintas jurisdicciones territoriales, mientras que Oates considera, además de esta competencia, la coordinación vertical de funciones en el proceso de descentralización.

En consideración a esta discusión, Monasterio y Suárez (1998, citados en Muñoz, 2014) identifican al menos tres principales formas en las que se puede realizar y configurar la descentralización fiscal:

1) Los impuestos establecidos por las unidades descentralizadas.

2) Las transferencias intergubernamentales desde el gobierno central a las unidades descentralizadas.

3) El acceso al crédito/deuda por parte de aquellas unidades descentralizadas —ya sea a nivel regional o local—.

Para cada uno de estos mecanismos fiscales, la literatura menciona diferentes análisis y consideraciones para este tipo de descentralización, lo que se detalla brevemente a continuación.

1.2.1. Impuestos

Al examinar las bases impositivas clásicas —consumo, ingresos y activos— y su adecuación con la respectiva recaudación local, Mendes (2004) analiza cuatro diferentes impuestos para procesos de descentralización fiscal, entregando algunas consideraciones de estos:

1) **Impuesto al valor agregado, IVA.** Impuesto recomendado para el nivel central, dado que, si se recauda en los estratos subnacionales, se puede producir una importación o exportación de impuestos hacia ciertos territorios. Además, dicho proceso es complejo y caro, por lo que las capacidades del nivel central son más adecuadas.

2) **Impuesto aplicado a ventas minoristas.** Impuesto adecuado para la recaudación municipal, debido a que, en este caso, las ventas tienen poco valor y no generan un incentivo para trasladarse a otro distrito para comprar un mismo bien. Su viabilidad administrativa es sumamente compleja, ya que este gravamen requiere una gran cantidad de personal que recorra las numerosas tiendas para supervisar las ventas de bajo valor.

3) **Impuesto con base impositiva móvil —impuesto sobre la renta—.** Si dos municipios recaudan impuestos sobre los ingresos de sus residentes y uno fija una tasa más alta que el otro, habrá un incentivo para migrar a la localidad menos gravosa. Sin embargo, delegar este tipo de tributos podría

ser un estímulo para la denominada guerra fiscal, en donde cada gobierno local buscaría cobrar lo menos posible para atraer más inversiones a su respectivo territorio (Mendes, 2004; Finot, 2001). Además, se puede producir evasión fiscal y un bajo nivel de eficiencia, dado que los individuos y las empresas pueden obtener ganancias en diferentes circunscripciones.

4) Los impuestos sobre los factores de la propiedad. Son los candidatos más fuertes y recomendados para ser administrados por los gobiernos subnacionales/locales, pues el dueño de un inmueble no podría reaccionar a un aumento en los impuestos locales trasladando su propiedad a otra circunscripción. Dentro de estos, se encuentran los recursos naturales de alto valor —petróleo, minerales—, aunque, al estar geográficamente concentrados, existe el peligro de que las jurisdicciones donde se ellos encuentran se enriquecerían por sobre otras, generando inequidad y afectando la eficiencia de asignación de la economía.

1.2.2. Transferencias intergubernamentales

Respecto a las transferencias intergubernamentales, Oates (citado en Boisier Etcheverry, 2008) identifica dos dimensiones desde las cuales se pueden efectuar las transferencias: condicionadas y no condicionadas. La primera, ocurre cuando el gobierno central determina el fin o lineamientos para el que deben utilizarse dichos recursos (Muñoz, 2014), pudiendo ser de dos clases: proporcionales a los niveles de prestación de un servicio y por una suma global destinada a dicha prestación (Oates, citado en Boisier Etcheverry, 2008). Las no condicionadas, corresponden a aquellas que son utilizadas con autonomía, sin lineamientos prefijados desde el gobierno central y, además, estas pueden o no ser realizadas sobre la base de «un grado de participación en los recursos generales del Estado» (Muñoz, 2014).

Para Boisier Etcheverry (2008: 32) «las transferencias condicionadas serían las más adecuadas para corregir distorsiones que pueden generar las externalidades, y las no condicionadas lo serían para redistribuir el ingreso». Por su parte, Mendes (2004) agrega que la razón para implementar las transferencias en general es el «desequilibrio vertical», definido como aquella discrepancia entre el nivel de gasto descentralizado y el grado de ingreso centralizado.

1.2.3. Endeudamiento subnacional/local

En cuanto al endeudamiento como instrumento de financiamiento de las unidades descentralizadas, Letelier Saavedra (2019) señala que, por esta vía, se mejora la asignación de recursos —dando una mayor equidad intergeneracional— y se logra ajustar los perfiles/flujos de ingresos y gastos por estos niveles de gobierno. Así, «el uso del crédito permite utilizar recursos ahorrados por terceros, en beneficio de gastos corrientes o de capital que otros individuos desean realizar en el presente» (página 389). Para este mecanismo, el autor menciona

tres condiciones básicas para favorecer el proceso de implementación y evitar efectos negativos —sobreendeudamiento, desequilibrio fiscal—:

1) Fortaleza institucional.

2) Inexistencia de garantía oficial implícita del nivel central.

3) Capacidad de los gobiernos subnacionales de generar ingresos propios.

Considerando cada uno de estos mecanismos de descentralización fiscal descritos y analizados y para una adecuada comprensión de la materia, se mencionan a continuación sus principales ventajas y desventajas.

Dentro de las ventajas de la descentralización fiscal, Letelier Saavedra (2002, citado en Muñoz, 2014) señala que los niveles subnacionales tendrían mejor información que los gobiernos centrales respecto a las preferencias individuales de las personas y, por consiguiente, serían más eficientes. En este sentido, dada la inexistencia de barreras de movilidad y externalidad en los bienes públicos locales entre jurisdicciones, estas igualarían las condiciones de competencia de mercado ofreciendo distintos paquetes fiscales a los habitantes, posibles y actuales, más aún cuando estas unidades de gobierno con mayor autonomía son más innovadoras.

Para Oates (1972, citado en Mendes, 2004), por medio de la descentralización se genera una mayor participación y supervisión de la población en las decisiones del gobierno subnacional, es decir, si el gasto público local se financia con los impuestos percibidos dentro de la propia comunidad, los contribuyentes de esta estarán más atentos para evaluar/controlar si su dinero se emplea en proyectos rentables. De esta forma, la intervención en la recolección permitiría una correspondencia entre la responsabilidad recaudatoria con la responsabilidad política con que finalmente se manejan estos ingresos por parte de las entidades subnacionales y locales (Porto, 2012).

En cuanto a las desventajas, Letelier Saavedra (2002, citado en Muñoz, 2014) señala la existencia de externalidades entre jurisdicciones en diversos sectores de política pública, generando ineficiencias en una provisión subóptima de bienes públicos locales, poca capacidad técnica e información limitada de las burocracias subnacionales, y suministro de bienes y servicios locales no correspondiente con los intereses de los votantes cuando la representación electoral no refleja fielmente las preferencias individuales.

También, subyace en este proceso el denominado «problema de las externalidades interjurisdiccionales», que hace referencia a que una determinada región o localidad permitirá un proceso de producción de bienes públicos según sea beneficioso en su respectiva jurisdicción, existiendo la posibilidad de concentrar un nivel considerable de suministro y gasto, en lugar de posibilitar la coordinación y distribución con y en otras circunscripciones (Aghón, 1993).

Por último, para Montecinos (2005), se debe considerar además el componente institucional, debido a que, por mayores transferencias de recursos, aumenta el nivel de exposición de un territorio a que sea capturado por élites locales junto a los recursos traspasados. Aquello es sumamente relevante si consideramos que, en los gobiernos subnacionales y locales de Latinoamérica, se han presentado diversas dinámicas clientelares y cooptativas (Campos, 2012, citado en Pressacco Chávez & Rivera Aburto, 2015).

Considerando lo expuesto precedentemente, se presenta a continuación el apartado metodológico que describe y fundamenta el diseño de investigación y la técnica de recolección de datos utilizada en este trabajo. A partir de aquello, se describirán los aspectos institucionales que posee el caso estudiado, contextualizando el nivel regional y municipal del país.

1.3. Metodología: diseño y recolección de datos

Considerando la pregunta inicial de este trabajo, es decir, ¿cuáles son las principales perspectivas regionales y municipales en la región de La Araucanía sobre descentralización fiscal en Chile?, y los objetivos subyacentes, la hipótesis que orienta la presente investigación es la siguiente: la descentralización fiscal en Chile constituye una prioridad para las unidades subnacionales de la región de La Araucanía.

Para contrastar dicha hipótesis, se utiliza una investigación cualitativa, con modalidad «estudio de caso», lo cual se centra en la «descripción y el… análisis en profundidad de una o varias unidades y su contexto de manera sistémica y holística» (Hernández Sampieri *et al*., 2014: 2), y de tipo exploratorio, donde «se pretende conseguir un acercamiento entre las teorías inscritas en el marco teórico y la realidad objeto de estudio» (Martínez Carazo, 2006: 8). Considerando que los estudios de caso se fundamentan en la premisa de que un examen exhaustivo genera información significativa sobre otras situaciones similares y, por tanto, permite la obtención de «mejores resultados en la generación de teorías» (Martínez Carazo, 2006), el presente trabajo sobre descentralización fiscal desde la región de La Araucanía, constituye un avance importante para la comprensión teórica y práctica de la temática en el país.

Para reunir información, se dirigieron entrevistas individuales semiestructuradas, entendidas como una conversación o intercambio de datos «entre una persona —el entrevistador— y otra —el entrevistado—… se basan en una guía de asuntos o preguntas y, en donde el entrevistador tiene la libertad de introducir preguntas adicionales para precisar conceptos u obtener mayor información» (Hernández Sampieri *et al*., 2014: 403). En este contexto, se debe señalar que las entrevistas se estructuraron sobre la base de los siguientes temas:

Tabla 1

Temas	Preguntas
Descentralización fiscal	¿Cuál cree que es la importancia de llevar a cabo procesos de descentralización fiscal?
	¿Considera que iniciar procesos de descentralización fiscal es una necesidad y urgencia?
	¿Cómo considera que es hoy el grado de centralismo que existe en el país?
Marco legal	Actualmente, ¿es adecuado el diseño institucional para distribuir adecuadamente los fondos regionales?
	¿Son eficaces y eficientes los fondos asignados?
	¿Qué ventajas y desventajas identifica en el actual proceso de asignación de recursos?
Capacidades institucionales	¿Cree que los municipios y gobiernos regionales se encuentran preparados para iniciar avances en este tipo de descentralización?
	¿Qué elementos cree que los gobiernos subnacionales y locales deben mejorar para asegurar una buena implementación de la descentralización fiscal?
	¿Cree adecuado iniciar avances en descentralización fiscal vía impuestos propios o transferencias intergubernamentales?
Proyección de implementación	¿Considera que este tipo de descentralización es viable de implementar en términos políticos?
	¿Cree que el nivel central avance prontamente en esta materia?

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, para estas entrevistas, se emplea un muestreo intencional opinático, definido como aquel «en que se utiliza una estrategia de criterio personal» (Ruiz Olabuénaga, 2012: 64) como el conocimiento y la experiencia. Este procedimiento de acopio de datos ha sido seleccionado por la flexibilidad que presenta al momento de dicha recolección, puesto que, entendemos que, en un contexto determinado, pueden existir diversas situaciones que no han sido consideradas previamente. En el anexo Nº 1, encontrarán la conformación de la muestra, la cual consta de once entrevistados. No obstante, se presenta a continuación, el nivel de gobierno de cada uno de ellos:

Tabla 2

Entrevistado	Nivel de gobierno
Entrevistado Nº 1	Nivel Central
Entrevistado Nº 2	Nivel Central
Entrevistado Nº 3	Nivel Central
Entrevistado Nº 4	Nivel Central
Entrevistado Nº 5	Nivel Regional
Entrevistado Nº 6	Nivel Central
Entrevistado Nº 7	Nivel Regional
Entrevistado Nº 8	Nivel Local
Entrevistado Nº 9	Nivel Local
Entrevistado Nº 10	Nivel Regional
Entrevistado Nº 11	Nivel Local

Fuente: elaboración propia.

Como se puede observar en la tabla Nº 2, las entrevistas se centraron en actores regionales y locales de la región de la Araucanía. Sin embargo, se ha incluido la percepción de actores nacionales, principalmente, de autoridades a cargo de las principales instituciones relacionadas con la materia, a saber, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Ministerio de Hacienda, y Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Lo anterior, es debido a que permite comparar las perspectivas regionales y locales con la percepción del nivel central respecto al objeto de estudio, permitiendo identificar similitudes o diferencias con la temática.

En cuanto al proceso de recolección de datos, es necesario señalar que las entrevistas se realizaron entre los meses de mayo de 2019 y enero de 2020. Asimismo, en cada una de las entrevistas presenciales, se proporcionó un documento mediante el cual se autorizó a grabarlas y a utilizarlas solo con fines de investigación, asumiendo cualquier responsabilidad legal por infracción al texto y al compromiso. La finalización de este proceso sucede cuando, durante el desarrollo de investigación, los nuevos datos recopilados no aportan información o novedad, es decir, cuando ocurre «saturación de categorías», aun cuando se agreguen casos extremos (Hernández Sampieri *et al.*, 2014: 385). Adicionalmente, se debe señalar que las entrevistas fueron analizadas por medio del software de análisis cualitativo Atlas.ti.

Por último, se añade como fuente de información la revisión de documentos normativos –legales y financieros actualizados– relacionados con la temática y las entidades examinadas, dado el aporte a la comprensión de lo estudiado que estos recursos generan (Hernández Sampieri *et al.*, 2014: 415). En consideración a lo descrito, se presenta a continuación un análisis sobre los aspectos institucionales del caso investigado.

2. Análisis político-administrativo regional y local; funciones, atribuciones y recursos en el caso chileno

2.1. Gobiernos regionales –ley Nº 19.175–

En Chile, la administración superior de cada región reside en el gobierno regional. Dicha entidad, posee patrimonio y personalidad jurídica propios y actualmente es liderado por un intendente –al año 2020–, que corresponde a una figura designada por el presidente de la república y cuyo carácter es de «confianza», siendo el representante de este último en la región y constituye el poder ejecutivo. Idéntica es la situación de los gobernadores provinciales para cada provincia en

la región. Ambas autoridades duran un máximo de 4 años, pero sus cargos son especialmente volátiles, por la modalidad en que son nombradas, la cual permite su sustitución inmediata.

Al gobierno regional se suma un cuerpo colegiado denominado «consejo regional», cuya cantidad de miembros depende de cada región. A partir del año 2013, la ley Nº 20.678 prevé que sean elegidos popularmente por un período de 4 años. En La Araucanía existe un total de 20 consejeros actualmente.

A partir de 2021, la región comprenderá al menos dos ámbitos de gobierno: el regional y el «interior». El primero ya no contará con la presencia de un intendente, sino que con un gobernador regional democráticamente electo y que junto al consejo regional configurarán el nuevo gobierno regional. El gobierno interior estará integrado por delegados presidenciales, uno de competencia regional y otros por cada provincia –con excepción de aquella donde se ubique la capital regional–, reemplazando de esa forma a los actuales intendentes y gobernadores provinciales y cuya designación se realizará bajo el mismo carácter de confianza.

Si bien cada órgano y ámbito de gobierno posee ciertas tareas establecidas legalmente, se debe especificar que, para efectos de este estudio, se revisarán las facultades y capacidades como conjunto en el área fiscal, es decir, como gobierno regional –para mayor detalle de las funciones dirigirse a la ley Nº 19.175–.

2.1.1. Elaboración del presupuesto del gobierno regional

Actualmente, el presupuesto del gobierno regional se realiza previo debate del presupuesto nacional del año siguiente. No obstante, y antes de detallar en específico el proceso, se debe señalar que la presente descripción considera, principalmente, el marco institucional previo a la elección e instalación de los Gobernadores Regionales, debido a que corresponde al diseño legal vigente al momento de la recolección de información.

Así, en el proceso de formulación, le corresponde al intendente –en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional– someter al consejo regional el proyecto de presupuesto del gobierno regional (Balbontín Miranda *et al.*, 2017). Para la formulación del presupuesto, el intendente considera el marco presupuestario comunicado por el Ministerio de Hacienda y el anteproyecto regional de inversión.

El anteproyecto regional de inversión corresponde a «una estimación de la inversión y de las actividades que el gobierno regional, los ministerios y servicios efectuarán en la región, identificando los proyectos y programas, y la estimación de sus costos» (Balbontín Miranda *et al.*, 2017: 13). Este último se prepara durante el segundo trimestre de cada año con la participación del intendente,

representantes del consejo regional, secretarios regionales ministeriales y directores regionales de los servicios públicos (ley Nº 19.175, artículo 71).

Luego de ser acogida la propuesta del intendente por el consejo regional, se envía al Ministerio de Hacienda, en conformidad con los plazos y procedimientos establecidos por la Dirección de Presupuestos, para su posterior evaluación y debate entre el nivel central y cada una de las regiones para definir los montos finales que serán incluidos en el proyecto de ley de presupuestos del sector público (Balbontín Miranda *et al.*, 2017). Para estos efectos, cada año el presidente del consejo y el intendente representan al gobierno regional en dicha etapa; sin embargo, se desconoce la consideración del anteproyecto regional de inversión en el debate y la aprobación final del mismo en la ley de presupuestos del sector público, desprendiéndose la interrogante respecto a cómo se discute regionalmente, teniendo un órgano colegiado elegido popularmente y los representantes del presidente —intendente, gobernador, directores y secretarios regionales—, y luego con el nivel central.

Una vez aprobada la ley de presupuestos para el sector público en el Congreso Nacional, se confecciona el programa público de inversiones, el cual consiste en un instrumento que sistematiza la inversión pública de la región incluyendo al gobierno regional, secretarios regionales ministeriales y servicios públicos regionales. En el programa público de inversiones se considera el anteproyecto regional de inversión y la ley de presupuestos del sector público aprobada (Lindh Allen, 2019).

En este contexto, el intendente debe proponer al consejo regional la distribución regional de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional y de las inversiones sectoriales de asignación regional. Esta propuesta consiste en una serie de iniciativas de inversión y programas priorizados según importancia, para ser ejecutados sobre la base de variables e indicadores objetivos de distribución intrarregional, donde el consejo regional está facultado para aprobar, modificar o sustituir dichos proyectos (ley Nº 19.175, artículo 25), siempre y cuando cuente con una evaluación técnica favorable realizada por el Ministerio de Desarrollo Social, específicamente por el Sistema Nacional de Inversiones (Balbontín Miranda *et al.*, 2017).

Conforme a lo señalado, se debe recalcar que el proceso descrito es liderado por el gobernador regional y ya no por el intendente —hoy delegado presidencial regional—. En este contexto, el decreto Nº 24 añade que el gobierno regional —gobernador más consejo regional— deberá establecer marcos e ítems presupuestarios para la distribución de la inversión en la región, lo que significa un cambio en la actual estructura de formulación presupuestaria en las regiones. Este proceso deberá ser encabezado por el gobernador regional, quien someterá una propuesta de inversión 10 días después de promulgada la ley de presupuestos del sector público, la que deberá contar con la aceptación, rechazo

o modificación del consejo regional. De manera resumida, la propuesta debe contener:

a) Los compromisos de gastos para el ejercicio presupuestario respectivo, asociados a proyectos en ejecución iniciados en ejercicios presupuestarios previos.

b) Los ítems y asignaciones que han sido aprobadas para el gobierno regional respectivo en la ley de presupuestos del sector público y las glosas incluidas en la misma ley, con las facultades que le otorgan y las limitaciones que le establecen;

c) Los proyectos de inversión y las iniciativas cuyos montos de ejecución superen las siete mil unidades tributarias mensuales y estudios preinversionales o diseños que den origen a dichos proyectos de inversión (decreto Nº 24, artículo 8º).

2.1.2. Financiamiento de los gobiernos regionales

En cuanto a los recursos que se establecen para los gobiernos regionales, estos se encuentran divididos en gastos de funcionamiento, inversión y provisiones. El componente con mayores recursos es el de inversión, como se puede observar en la tabla Nº 3:

Tabla 3

Programas	Monto miles de $
Gastos de funcionamiento	74.819.029
Gastos de inversión	1.085.901.794
Provisiones	202.563.825
Total	**1.363.284.648**

Fuente: elaboración propia con base en la ley de presupuestos año 2019 (ley Nº 21.125).

Para el primer componente, las fuentes de ingreso son: ingresos propios y transferencias de capital –aporte fiscal específicamente–:

Tabla 4

Programa general de funcionamiento	Monto (miles de $)
Rentas de la propiedad	38.294
Otros ingresos corrientes	779.331
Aporte fiscal	73.985.404
Transferencias para gastos de capital	--
Saldo inicial de caja	16.000
Total	**74.819.029**

Fuente: elaboración propia con base en la ley de presupuestos año 2019 (ley Nº 21.125).

Para el segundo componente –gastos de inversión–, las transferencias y aporte fiscal siguen siendo un elemento predominante (tabla Nº 5):

Tabla 5

Gastos de inversión	Monto miles de $
Rentas de la propiedad	428.462
Otros ingresos corrientes	5.335.725
Aporte fiscal	506.078.805
Transferencias para gastos de capital	571.489.302
Saldo inicial de caja	2.569.500
Total	**1.085.901.794**

Fuente: elaboración propia con base en la ley de presupuestos año 2019 (ley Nº 21.125).

Ahora, la composición de los elementos de aporte fiscal y transferencias para gastos de capital se presenta a continuación (Balbontín Miranda *et al.*, 2017):

2.1.2.1. Aporte fiscal

2.1.2.1.1. Fondo Nacional de Desarrollo Regional

Programa de inversiones públicas, con finalidades de desarrollo regional y compensación territorial, destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de desarrollo social, económico y cultural de la región. Su distribución entre regiones se efectúa por medio de cuotas regionales (ley Nº 19.175, artículo 74, inciso primero), determinadas por variables socioeconómicas y territoriales.

2.1.2.1.2. Fondo de Innovación para la Competitividad

Instrumento que financia iniciativas de innovación, que pueden ser impulsadas por universidades estatales o reconocidas por el Estado, CORFO o las corporaciones regionales de desarrollo productivo. La distribución de este fondo prioriza las regiones intensivas en actividad minera, asignándole un 60 % del fondo a dichas regiones y un 40 % a las restantes, entre las que se encuentra la región de La Araucanía. La distribución intrarregional depende del grupo al cual pertenezca la región en función de lo señalado. Los montos para este fondo más el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, son los siguientes:

Tabla 6

Fondos	Monto Miles de $
Fondo Nacional de Desarrollo Regional	470.086.792
Fondo de Innovación para la Competitividad	35.992.013
Total	**506.078.805**

Fuente: elaboración propia con base en la ley de presupuestos año 2019 (ley Nº 21.125).

2.1.2.2. Transferencias para gastos de capital

a) Recursos transferidos por concepto de derechos, patentes o regalías que le corresponden a las regiones en virtud de una serie de leyes que así lo determinan.

b) Fondo de Apoyo Regional. Subsidio para el transporte público remunerado de pasajeros, que tiene por objetivo financiar iniciativas de transporte, conectividad y desarrollo regional. El Fondo de Apoyo Regional se financia con las transferencias de los recursos establecidos para el subsidio al transporte público y por aportes adicionales fijados en la ley Nº 20.378.

c) Programa de Infraestructura Educacional. Programa administrado por el Ministerio de Educación, cuyo objetivo es financiar proyectos de inversión asociados a infraestructura, adquisición de equipamiento y mobiliario educacional, acondicionamiento de locales escolares municipales y compras de terrenos para la instalación de establecimientos. Estos recursos, fijados anualmente en la ley de presupuestos, son asignados a proyectos presentados y posteriormente ejecutados por los gobiernos regionales en beneficio de las municipalidades.

d) Programas de convergencia. Este programa presupuestario transfiere recursos a las regiones de Antofagasta, La Araucanía, Biobío, Coquimbo, Maule y Los Ríos por programas regionales relacionados con condiciones económicas y sociales propias de estas regiones.

e) Otras transferencias de capital. Se añade en la Ley de Presupuestos del año 2019, recursos traspasados desde la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo al presente acápite —gastos de capital— y cuya composición consiste en: provisión programa infraestructura rural, provisión puesta en valor del patrimonio, provisión energización, iniciativas de transporte, conectividad y desarrollo regional —ley Nº 20.378—, provisión saneamiento sanitario y provisión programa residuos sólidos. A continuación, se expresan los montos de estos fondos:

Tabla 7

Transferencias para gastos de capital	Monto miles de $
Derechos, patentes y regalías	133.047.418
Programa de convergencia	87.652.146
Fondo de Apoyo Regional	278.371.096
Fondo de Infraestructura Educacional	28.958.217
Otras transferencias de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo	43.460.425
Total	**571.489.302**

Fuente: elaboración propia con base en la ley de presupuestos año 2019 (ley Nº 21.125).

2.1.2.3. Provisiones

Son recursos distribuidos durante el año por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, según la cartera de proyectos de inversión disponible en cada región y de acuerdo al desarrollo y avance de la ejecución del presupuesto de inversiones asignado en la ley de presupuestos (Balbontín Miranda *et al.*, 2017). Su composición en 2019 fue la siguiente:

Tabla 8

Provisiones	Monto Miles de $
Provisión Fondo Nacional de Desarrollo Regional	52.231.865
Provisión programa infraestructura rural	7.962.568
Provisión puesta en valor del patrimonio	6.188.524
Provisión de apoyo a la gestión subnacional	2.512.629
Provisión saneamiento sanitario	13.087.635
Provisión programa residuos sólidos	4.931.162
Provisión ley Nº 20.378, Fondo de Apoyo Regional	20.720.335
Provisión regularización mayores ingresos propios	4.401.904
Provisión energización	5.394.463
Programa de convergencia	85.132.740
Total	**202.563.825**

Fuente: elaboración propia con base en la ley de presupuestos año 2019 (ley Nº 21.125).

Ahora bien, de la totalidad de fondos e ingresos señalados, se debe recalcar que cada uno posee un fin, un diseño y una estructura ya organizada. En este sentido, no existe un espacio de decisión por parte de los gobiernos regionales de reorientar recursos hacia fines que estimen más pertinentes o urgentes en su espacio territorial. Aun así, el Fondo Nacional de Desarrollo Regional es el mecanismo con menos condiciones y lineamientos preestablecidos, constituyéndose de esa forma como el fondo más descentralizado en el país (Muñoz, 2014).

2.2. Municipalidades

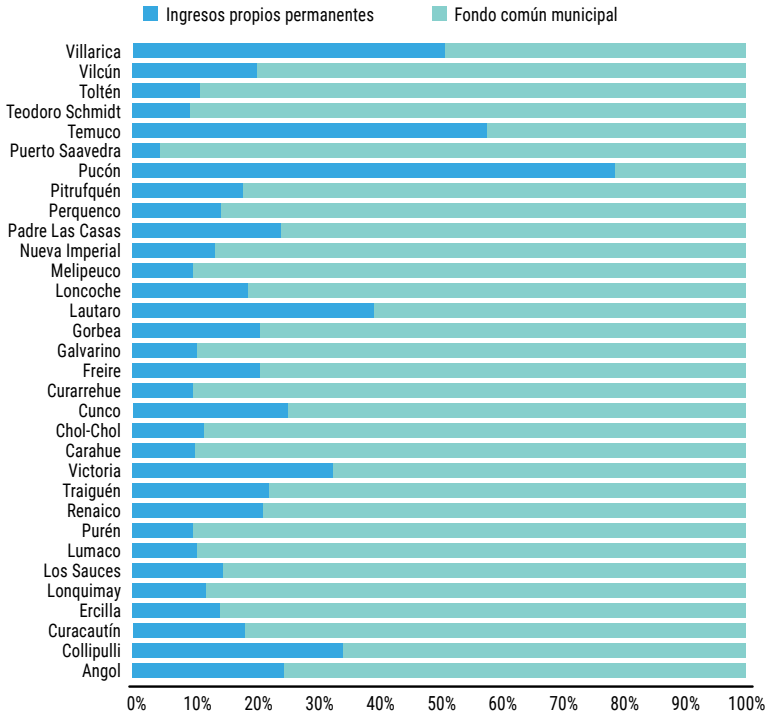
Las municipalidades en Chile «son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas» (ley Nº 18.695, artículo 1º, inciso segundo). Su composición está encabezada por el alcalde, elegido cada cuatro años popularmente, más el concejo municipal, compuesto por concejales también elegidos por votación popular cada cuatro años, y cuya cantidad varía en función de la cantidad de habitantes de cada comuna (ley Nº 18.695, artículo 72). Respecto al ámbito fiscal, Pacheco Flanagan *et al.* (2013: 9) señalan que los ingresos en el nivel municipal —no se consideran las áreas de salud y educación, dados su delimitación y objeto de estudio— pueden clasificarse principalmente en:

a) **Ingresos propios permanentes:** ingresos que recauda la comuna a partir de la gestión municipal, por lo que se consideran como un importante indicador de la capacidad de autofinanciamiento del municipio. Estos ingresos generados no están sujetos a restricciones en cuanto a su inversión y son de libre disposición. Se componen principalmente de: patentes municipales, derechos de aseo, concesiones, rentas de la propiedad municipal y porcentajes del ingreso provenientes del impuesto territorial y de los permisos de circulación, entre otros.

b) **Fondo Común Municipal:** corresponde a un «mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país» (Constitución, artículo 122). Este fondo se construye a partir de una serie de contribuciones que haga cada municipalidad a nivel nacional que luego se redistribuye según el mecanismo establecido.

Respecto a este último punto, el Fondo Común Municipal «constituye la principal fuente de financiamiento para los municipios chilenos» (Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, 2019), situación que se puede verificar en el gráfico Nº 1 –acotado a esta región–:

Gráfico 1.
Ingresos municipales 2018



Fuente: elaboración propia con base en el Sistema Nacional de Información Municipal (2018).

En consideración al gráfico anterior –gráfico 1–, es necesario recalcar la baja relevancia de los impuestos propios de los municipios en la región. Cabe mencionar que estos ingresos propios están en función de leyes concebidas desde el nivel central, por tanto, existe una determinación de cómo los municipios deben y pueden generar ingresos. Para Vivar Águila (2012), ello se traduce en que la acción municipal se remite a una entidad de carácter ejecutora y administradora.

En cuanto al gasto, los municipios establecen su propio proceso de elaboración presupuestaria, el cual se realiza con mayor autonomía que el gobierno regional (ley Nº 18.695, artículo 14). Este proceso le corresponde netamente a la municipalidad de manera anual, donde es el alcalde quien lo propone para ser aprobado posteriormente por el concejo municipal. Se debe agregar que, en el presupuesto, se deberán anexar las fuentes de ingresos obtenidas durante el año, como los proyectos postulados a fondos sectoriales o regionales, como el propio Fondo Nacional de Desarrollo Regional (ley Nº 18.695, artículo 64). Sin embargo, se debe recalcar que estos últimos poseen un grado de incertidumbre mayor, puesto que constituyen oportunidades a las que las municipalidades postulan, sin seguridad de recibir efectivamente los recursos. En caso de que sean aprobados, la modificación continúa a cargo de la municipalidad.

2.3. Inversión pública regional y local: una dimensión adicional de análisis

A lo anteriormente expuesto, se deben añadir otros elementos financieros que indiquen los montos y grados de inversión que se realicen en cada uno de estos territorios, permitiendo, de esta forma, una mejor comprensión del objeto de estudio. Para analizar estos montos, se encuentra la denominada «inversión pública regional», compuesta de la siguiente forma (Ministerio de Desarrollo Social, 2019):

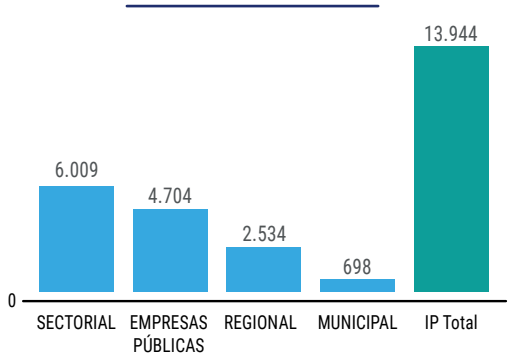
a) El programa de inversión regional ya definido anteriormente.

b) Inversión regional de asignación local: recursos de inversión que el nivel central pone a disposición de gobiernos regionales donde las comunas, a través de los concejos municipales, definan y prioricen proyectos a financiar con recursos de programas ministeriales que son conferidos en cuotas a los gobiernos regionales y que estos distribuyen a los niveles locales, según criterios de equidad y demanda (Gajardo Polanco, 2019; Jara & Fernández Labbé, 2008).

c) Convenios de programación: acuerdos formales entre gobiernos regionales, entre uno o más gobiernos regionales y uno o más ministerios, o entre uno o más gobiernos regionales y uno o más municipios, que definen las acciones relacionadas con los proyectos de inversión que ellos concuerdan en realizar dentro de un plazo determinado (ley Nº 19.175, artículo 81).

En 2019, este componente de inversión alcanzó los US$ 2.534.000.000 (Ministerio de Desarrollo Social, 2019), siendo un monto importante que acompaña a la inversión sectorial –inversión realizada por los servicios públicos–, a la inversión pública efectiva nivel municipal –que corresponde a recursos de los subtítulos 29, 31 y 33– y empresas del Estado. En el gráfico Nº 2, se encuentran los montos de cada componente de inversión:

Gráfico 2.
Composición de la inversión pública 2019
(MM US$)



Fuente: informe anual de inversión pública (2019).

De manera cuantitativa, el gráfico anterior –gráfico 2– da cuenta de que la inversión pública efectiva se lleva a cabo principalmente por el nivel central –inversión sectorial–, lo que aumenta si consideramos que, en los componentes de la inversión pública regional, el gobierno central también posee un rol importante. En consideración a aquello, se presentan a continuación los resultados del presente estudio.

3. Resultados

En función de la fundamentación teórica y metodología descrita, este capítulo presenta los resultados obtenidos durante la investigación, estructurándose sobre la base de testimonios textuales –solo se mencionan las citas más relevantes– y de manera anónima, en consideración a los fines antes propuestos. Se debe mencionar que el desarrollo de esta sección se realizará identificando los diferentes niveles de gobierno, permitiendo una comprensión detallada del objeto de estudio.

En primer lugar, los actores entrevistados coinciden, de manera transversal, en la relevancia de comenzar procesos de descentralización en nuestro país,

considerando no solo el ámbito político y administrativo, sino especialmente el fiscal. De esta forma, existe especial reconocimiento a la realidad local, frente a la cual las autoridades regionales y locales poseen mayor conocimiento sobre cómo actuar:

> Las decisiones autónomas, yo creo que son la fiel expresión de las ventajas de que las decisiones se tomen efectivamente en el terreno local y no dependan muchas veces de organismos que son supranacionales que no conocen necesariamente la realidad que se vive en el día a día. Creo que, ante la pregunta, [es] absolutamente necesario, absolutamente positivo (alcalde de comuna 1).

> ¿Y por qué es relevante?, porque nos damos cuenta de que… es necesario que las regiones puedan, aumentando sus recursos, puedan satisfacer de mejor manera sus múltiples necesidades (subsecretario de nivel central 1).

> Las problemáticas regionales son diferentes en cada región… ¿quiénes mejor que nosotros, que vivimos acá y que convivimos, podemos tener mejores perspectivas para dar soluciones a nuestras problemáticas? (consejero regional 2).

En este contexto, y consultados particularmente por la dimensión fiscal de los gobiernos regionales y municipios del país, los entrevistados señalan que el nivel central posee un rol protagónico en las decisiones presupuestarias, determinando diversos montos y directrices que las regiones y comunas no pueden modificar —independiente del tipo de fondo al cual postulen—:

> Prácticamente el cien por ciento… de los recursos que administran [sic] directamente el gobierno regional vienen [sic] por la ley de presupuestos, pero vienen bajo distintas condiciones… el monto y la utilización viene establecido a través de algún mecanismo del nivel central. Hay otros recursos, como el FNDR,… [sobre los que tiene] más libertad de acción el gobierno regional…, pero… el monto… se determina en el marco de la negociación presupuestaria y lo determina en última instancia la DIPRES y es lo que va en la ley de presupuesto y, por lo tanto, el gobierno regional ahí tiene más libertad para usarlo, pero no para determinar el monto, porque el monto se determina centralmente (funcionario 1 de nivel central 2).

> El municipio enfrenta a la ciudadanía con ciertas herramientas a lo mejor insuficientes… para tener mejor desempeño claramente es necesario tomar muchas más decisiones a nivel local, pero decisiones que tengan financiamiento… y eso depende del nivel central siempre (alcalde de comuna 2).

Bajo este marco, los entrevistados identifican una ruta de avance en materia de descentralización fiscal, tanto a nivel regional como municipal. De este modo, en el ámbito regional surgen dos elementos para analizar e implementar. Por un lado, se requiere modificar la actual forma de establecimiento y ejecución del presupuesto regional, debido a que, en palabras de los entrevistados, no asegura una aplicación presupuestaria acorde y responsable con las prioridades regionales y municipales. La no corrección de esta situación perpetuaría las acciones discrecionales tanto desde el nivel central hacia las regiones, como también desde los gobiernos regionales hacia las comunas, relevando el rol que tendrán los marcos presupuestarios contemplados en el decreto Nº 24, puesto que fijarán prioridades regionales explícitas y una articulación entre planificación e inversión hoy inexistente en este estrato de gobierno:

> Los consejeros nos vamos a meter en una problemática de resolver problemas puntuales de las comunas, porque también queremos ser reelectos…, entonces… esta dualidad de querer estar con la posibilidad de que la opinión de uno tenga un peso versus el ser reelecto; a veces caemos en el mismo vicio de estar apoyando problemáticas que deberían ser resueltas a nivel comunal (consejero regional 2).

> Hoy día qué es lo que ocurre… hay un alcalde con un consejero que quiere hacer una multicancha,… entonces ahí empieza de qué color político eres tú, de qué color político soy yo, si hablamos esto, entonces «oye yo tengo un amigo que conoce al vecino de[l] que es diputado», «y entonces es una cosa del que tiene contactos, del que no tiene contacto[s]»…. una discusión en que la distribución de recursos en lugar de ser proyectos sea en torno a marcos, y marcos es hablar de políticas, es hablar de prioridades, y el proceso de asignación de recursos, también ahí, es decir, este conjunto de platas entonces que yo tengo para reparación de caminos, entonces ya, cómo se distribuye en un determinado programa de inversión (funcionario 1 de nivel central 2).

Por otro lado, está la generación y utilización de mayores recursos, los cuales podrían provenir vía ingresos propios y transferencias intergubernamentales. Estos mecanismos no debiesen contener un alto grado de restricciones para que este nivel pueda utilizarlos en función de la realidad territorial en la cual se encuentran inmersos. Así, los entrevistados señalan lo siguiente:

> Un avance significativo en descentralización fiscal debiese, en primer lugar… generar la posibilidad jurídica de que los gobiernos regionales puedan generar otros ingresos propios…. debiese crearse un fondo de convergencia… eso implicaría… separar

> aguas de distintos fondos que administra el gobierno regional,… sobre los gastos, que se incremente,… pero con autonomía, mayor autonomía del gobierno regional que una imposición por ley (funcionario Nº 2 de nivel central 2).

> Muchas empresas, ya, que tienen muchas actividades en las diferentes regiones, tienen sus casas matrices en Santiago, por lo tanto, no nos parece nada de injusto… aumentar la repartición a nivel nacional y llegar, por lo menos, ya, a un doce a un quince por ciento, ya (consejero regional 2).

Respecto de las municipalidades, estas poseen mayor autonomía en cuanto al establecimiento de su presupuesto en comparación con el nivel regional. Sin embargo, los entrevistados recalcan la necesidad de disponer de mayores recursos. En particular, señalan la conveniencia de avanzar tanto en ingresos propios como también vía transferencias —condicionadas y no condicionadas—, siendo este último un mecanismo importante, dado que la realidad local en la región es de un alto grado de vulnerabilidad, lo que condiciona la posibilidad de generar recursos propios en cantidades importantes (ver Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2017):

> Los municipios debieran tener cierta flexibilidad, por[que] los impuestos que cobran los municipios, en realidad están absolutamente normados por ley, por tanto, la plata le llega al municipio, pero no… [la] cobra el municipio, excepto… el permiso de circulación que lo cobra directamente, rentas y patentes que se cobra directamente (concejal de comuna 1).

> Mayores transferencias obviamente, es decir, en una región que somos la más pobre de Chile, como la región de La Araucanía… aquí hay que inyectar recursos en forma especial en la región, que hay que inyectar recursos a las comunas (alcalde de comuna 3).

En cuanto a la asignación de recursos, reiteran lo antes mencionado respecto a la discrecionalidad con la cual se reparten los recursos desde el gobierno regional —de acuerdo a un consenso político—, como también la distorsión que genera la heterogeneidad de las municipalidades que condiciona la obtención de recursos provenientes de los actuales fondos. De esta forma, surge la necesidad de que los recursos sean distribuidos de forma equitativa entre las diversas comunas, permitiendo no solo asegurar el ingreso de nuevos fondos con los cuales gobernar, sino que también, generar una mejor planificación presupuestaria anual a nivel comunal —los fondos a los cuales se postula son inciertos—:

> Hay varios factores que hoy día a veces distorsionan su distribución. Sin lugar a dudas, hay factores de orden político,

> que tienen que ver con la mayor o menor sintonía que tengan los consejeros con algunas comunas y ellos priorizan en función de eso. Un segundo aspecto fundamental… son los aspectos técnicos, a veces los municipios más pequeños no tienen la capacidad técnica de formular proyectos adecuados que tengan los RS o salven las observaciones que se le presenten en este tipo de proyectos (alcalde de comuna 1).

> Hay que empezar a generar… cambios estructurales… que nos permitan… poder contar… con recursos en forma, a lo menos, equitativa y que los recursos lleguen a todos… también tenemos… carencias importantes entre una comuna y otra, porque muchas de las comunas pequeñas, por ejemplo, no tenemos los *staff[s]*… ni los profesion[al]es ni los técnicos para poder desarrollar proyectos de alta envergadura (alcalde de comuna 3).

Ahora bien, en ambos niveles de gobierno, se identifican cuatro elementos institucionales que se deberían establecer para procesos adecuados de descentralización fiscal. En primer lugar, los entrevistados concuerdan que, en el marco de modificación de la distribución y ejecución presupuestaria, se requiere un plan plurianual de inversiones que transforme la lógica de inversión anual existente en el país. La razón principal de aquello es que dicho plan permite fomentar, concretar y articular la materialización de proyectos que posean mayor impacto en la región en su conjunto:

> El FNDR es insuficiente, porque asigna la plata por año, es más, hay que gastársela, y pasa, y a todos los gobiernos les pasa, que a fin de año terminan financiando cuestiones que a lo mejor no eran las prioridades, que a lo mejor su rentabilidad social no era la mayor, pero era la plata más fácil de ser gastada… ha pasado que, yo recuerdo algunos proyectos que se dejaron listos durante el primer gobierno del presidente… que caían temporalmente en el gobierno siguiente y simplemente no le pusieron plata… eso para el desarrollo de las regiones es pésimo (concejal de comuna 1).

> Tú te encuentras… que, al momento de plantearse el desarrollo del territorio, las estrategias son de 10 años, los «pladecos» de otros 10 años, o sea son súper visionarios, pero la administración financiera es anual y buena parte a nivel de proyectos… hay una tremenda distancia entre el «pladeco» que es súper ambicioso y el «proyectito» que a duras penas debe circular durante 3 a 4 años, entre el anteproyecto, el proyecto, el diseño y entre medio [sic] si le cayó un goteo, un «FI», murió el proyecto…, entonces hablar de descentralización fiscal, es generar, a mi juicio, mejores

> condiciones para una administración acorde a la planificación del desarrollo que hace el propio territorio (entrevistado 3).

En segundo lugar, se destaca que, para el funcionamiento de cada uno de los instrumentos financieros y presupuestarios, se debe establecer un rango adecuado de consistencia y coordinación entre las diferentes entidades del nivel nacional, regional y local, considerando que la prioridad en estos procesos de descentralización es la coherencia y continuidad de las políticas públicas e instituciones, tanto para la no interrupción de entrega de bienes y servicios, como para la especificación de responsabilidades y funciones de cada estrato de gobierno:

> Necesitamos también buena coordinación entre el sector central y el sector regional, y, sobre todo, mirada de país, mirada de Estado, más que haya mirada de gobierno o mirada de corto plazo… en los municipios se requiere un montón de coordinación entre el nivel central y el nivel municipal para que las políticas sean coherentes, para que, sin perder la independencia, haya, haya un imagen, haya una visión de país, una visión de Estado… la coordinación que se requiere… es integral, tiene que considerar todos los aspectos (ministro de nivel central 3).

> El nivel regional está llamado a ser un espacio de articulación y coordinación de la asignación de recursos interniveles,… quién puede hacer y debe hacer esa articulación es el gobierno regional con el local, para el vínculo con el sectorial… no es cosa de que un sector o un nivel territorial vea las cosas por separado (funcionario 1 de nivel central 1).

En tercer lugar, los entrevistados señalan la necesidad de establecer unidades y equipos profesionales en cada nivel de gobierno que refuercen la respectiva actividad institucional, permitiendo fiscalizar el uso de los recursos disponibles. En este ámbito, es importante mencionar que las entidades regionales/municipales requieren de marcos legales que expliciten y fortalezcan sus responsabilidades en la ejecución y evaluación del gasto; de esta forma, el funcionamiento y aplicación de estas facultades se encuentra sustentado y expresamente dispuesto:

> En general, yo creo que nuestra institucionalidad, nuestros cuerpos legales, debieran apuntar a fortalecer las instituciones locales, y eso se puede hacer bajo una lógica que en Chile…. que es que los gobiernos locales… o regionales… se ganen el derecho de manejar ciertos fondos, entonces tú dices «ya, le vamos a traspasar, por ejemplo, todos los fondos de, te invento, de salud», pero para eso, el gobierno regional tiene que llegar a

> cierto estándar, de capacidad profesional, de institucionalidad, de normativas internas (concejal de comuna 1).

> El capital humano de tener una, una división, no solamente administración y finanzas, sino que sea capaz de… desarrollar todo tipo de información respecto a cómo, dónde y de qué forma se está invirtiendo, o sea, eso tiene que haber… una estricta vigilancia, que hoy en día se puede, para que efectivamente… los proyectos y los recursos sean administrados eficientemente, porque eso es fundamental (consejero regional 5).

En cuarto lugar y último lugar, los entrevistados reconocen que este proceso de descentralización fiscal requiere de una ley de responsabilidad fiscal que asegure una transparente, proba y eficiente ejecución del gasto e ingresos por parte de estos niveles de gobierno:

> Justamente nos interesa que, dándole más atribuciones y finalmente más recursos a las dieciséis regiones de nuestro país, también tengamos la posibilidad o la capacidad de cuidar nuestra responsabilidad fiscal (ministro/subsecretario de nivel central 1).

> Con una buena ley que lo regule sí, porque tampoco puede ser, dado que los municipios son en general gobiernos muy pequeños, yo conozco caso de otras comunas pequeñas, donde por ejemplo el alcalde en algún momento ha querido echarle mano a la plata de educación, dicen «no, ocupémosla para tal cosa»… si se les empieza a traspasar plata o la posibilidad de cobrar platas sin una norma que sea bien estricta, vamos a terminar con comunas con impuestos descabellados (concejal de comuna 1).

Por último, considerando las diversas perspectivas en relación a la necesidad, no solo de avanzar en descentralización fiscal, sino también en el cómo realizarlo, existe un contrapunto importante respecto a cuán urgente y viable es para el país iniciar procesos de descentralización fiscal y cómo se percibe desde las regiones y municipios esta situación. Así, desde del estrato local y regional, se asegura que desde el gobierno central no se quiere distribuir el poder, estableciendo diferentes barreras que no permiten un avance concreto en la materia y continuando con el actual grado de centralismo:

> El problema es que cada vez se están poniendo más obstáculos, se está trabajando en una ley de descentralización y todo el cuento, pero uno ve que no es tan así y es como un saludo a la bandera (consejero regional 1).

> No quieren entregar el poder, por lo tanto, la reforma con el nuevo gobernador, lo que esperamos es que los quince gobernadores… se conviertan en los líderes de iniciar un proceso verdadero de descentralización, porque las atribuciones que tienen son casi irrisorias… creo que va a ser difícil… hay una cultura… de mantener los poderes centralizados (consejero regional 2).

Mientras que, desde el nivel central, los actores correspondientes indican que existe una necesidad de estudios y discusiones complejas respecto a cómo implementar este tipo de políticas para asegurar una estabilidad político-económica en el país. De esta forma, si bien la descentralización fiscal puede constituirse como una prioridad, los avances en la materia son inciertos:

> Yo te voy a decir que, si bien es una materia prioritaria, no es tan urgente… la falta de urgencia, como te digo, no es que la queremos postergar, sino que consideramos que es un tema que se debe estudiar… [en] profundidad, porque la experiencia nos demuestra que cuando se han hecho cosas en materia de descentralización, en materia de regionalización, con urgencia, ha[n] resultado mal (ministro de nivel central 3).

> Yo creo que tenemos [un] espacio importante que va a ser bueno y que va a ser parte, yo te diría, de lo que se viene de las próximas etapas,… como te decía, no es llegar y con una varita mágica que aparezcan los recursos, pero tenemos que ser capaces de cuidar nuestro ecosistema del balance estructural, eso es sumamente clave… yo soy optimista, pero al mismo tiempo entiendo que tenemos que ser prudentes, la prudencia es sumamente relevante (subsecretario de nivel central 1).

En consideración a lo descrito en el presente apartado, se procede a detallar a continuación las conclusiones derivadas de la investigación, observando los elementos y dimensiones destacadas de la temática en cuestión. Aquello es de suma relevancia, puesto que puede orientar una futura agenda de políticas públicas en materia de descentralización y, en particular, de descentralización fiscal.

4. Conclusiones

Las reformas en descentralización consisten en un proceso complejo de distribución de poder que requiere de un análisis y precisión conceptual exhaustivo para el inicio de cada avance. En este sentido, la literatura identifica las dimensiones políticas, administrativas y fiscales de la descentralización, las

cuales constituyen una mayor comprensión en la implementación de este tipo de políticas. Sin embargo, en Chile los progresos han apuntado principalmente hacia la descentralización de tipo político y administrativo, siendo el área fiscal la dimensión con menos desarrollo, considerando incluso las últimas reformas aprobadas en la materia.

En este contexto, y en cuanto al primer objetivo específico planteado –Identificar la forma en que se llevan a cabo las distintas decisiones presupuestarias a nivel regional y local–, se ha analizado la actual estructura fiscal y se ha identificado que el rol del gobierno central en la determinación de los recursos es preponderante, determinando la asignación de recursos en la discusión de la ley de presupuestos y los fines de cada fondo, como asimismo, autorizando la ejecución de los fondos decididos a nivel regional. Por lo cual, el nivel regional y local cumplen un rol más de ejecutor que de decidor.

Ante este escenario, y en función del segundo objetivo específico –Identificar las diferentes posturas sobre la temática de autoridades nacionales, regionales y locales–, los actores locales , regionales e incluso nacionales expresan que el ámbito fiscal en cuestiones de descentralización es clave para aumentar los grados de autonomía de las divisiones subnacionales y locales de gobierno, confirmando la hipótesis inicial de este trabajo, en cuanto a que dicha dimensión sí representa una prioridad para estos estratos de gobierno en la región. En este contexto, los distintos entrevistados realzan el conocimiento de estas entidades sobre su respectiva población y espacio geográfico, por lo que avanzar en esta línea les permitiría generar políticas acordes a su realidad y más eficientes según estas nuevas herramientas y recursos. Aquello se diferencia diametralmente de la situación actual, donde el nivel central elabora e implementa diversas políticas públicas que no necesariamente se ajustan a los requerimientos del territorio.

No obstante, para iniciar procesos de descentralización fiscal, es necesario adecuar institucionalmente a cada nivel de gobierno. En este sentido, en el marco del tercer objetivo específico –Determinar las capacidades instituciones actuales y necesarias para la descentralización fiscal en el país– los actores entrevistados regionales y locales sostienen que el aumento en la autonomía fiscal se podría establecer mediante dos instrumentos principales: ingresos propios y transferencias intergubernamentales.

Respecto a los ingresos propios, se señala que se podrían efectuar mediante modificaciones a la legislación existente –por ejemplo, una reforma tributaria–, que disponga un grado de participación en la recaudación tributaria según las actividades económicas que se realizan en sus territorios, disminuyendo los niveles de concentración de impuestos y, por tanto, las disparidades interregionales que persisten en este tema.

En cuanto a las transferencias intergubernamentales, los avances pueden ser materializados mediante el incremento de los actuales mecanismos de

transferencias –vía ley de presupuesto– o la creación de nuevos fondos, los cuales deben contar con un grado de autonomía que permita su ejecución según las necesidades locales. No obstante, la realidad comunal en la región de la Araucanía posee un grado de vulnerabilidad y pobreza que complejiza la recaudación de recursos propios, por lo que una mejora en las transferencias sería más adecuada para estos estratos de gobierno en la región estudiada.

Al proponer estos cambios para acrecentar los recursos disponibles, los entrevistados de la región destacan las prácticas discrecionales y el consenso político en la distribución y asignación de recursos a nivel inter- e intrarregional, lo que ha favorecido una desagregación de las visiones que se tienen como región/comuna y una complejidad mayor en el manejo presupuestario regional y municipal.

Por esta situación, para los ingresos regionales y comunales, resulta trascendental una transformación de la asignación y distribución presupuestaria que asegure una descentralización fiscal adecuada. De esta forma, adquieren especial relevancia los marcos presupuestarios establecidos en la nueva reforma y el rol de un plan plurianual de inversiones, lo que podría ser un avance importante para la planificación financiera, la coordinación intergubernamental y para una correcta institucionalización financiera del nivel regional y local.

Además de estos instrumentos, los actores de cada estrato de gobierno –local, regional y central– coinciden en la necesidad de una ley de financiamiento responsable, denotando la complejidad de descentralizar fiscalmente al país, dadas las posibilidades de corrupción, clientelismo y cooptación de autoridades e instituciones existentes. En este sentido, se recalca que debe haber entidades y actores políticos responsables respecto a cómo se utilizan los recursos, transparentando el resultado y utilización de cada una de las inversiones realizadas.

Finalmente, especial relevancia adquiere el contrapunto respecto a la posibilidad real de poder iniciar procesos de descentralización fiscal en el país. En este aspecto, existe cierta tensión entre la postura del nivel central por estudiar en profundidad la descentralización antes de implementar cada proceso y la interpretación generada por los actores regionales y comunales frente a la demora y posibilidad de aquello, donde se señala que la autoridad nacional «no quiere entregar poder». Este punto, junto a la figura del gobernador regional, quedará para futuros estudios en la materia, donde será necesario actualizar las medidas establecidas y aumentar la comprensión de estos procesos en las regiones y comunas del país.

Referencias

- Aghón, G. E. (1993). *Descentralización fiscal: marco conceptual.* CEPAL, Serie Política Fiscal, Nº 44.
- Arredondo Salinas, C. D. (2011). *La descentralización en Chile: una mirada desde la economía política y el neoinstitucionalismo* [tesis de magíster, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/102604/La-descentralizacion-en-Chile-una-mirada.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Balbontín Miranda, R.; Escobar Morales, L. & Seemann Ibar, A. (2017). *Financiamiento de los gobiernos regionales en Chile.* http://bibliotecadigital.dipres.gob.cl/bitstream/handle/11626/15905/Financiamiento%20de%20los%20Gobiernos%20Regionales%20en%20Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Boisier Etcheverry, S. (2004). Desarrollo territorial y descentralización: el desarrollo en el lugar y en las manos de la gente. *Revista EURE,* 30(90), 27-40. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612004009000003
- Boisier Etcheverry, S. (2008). *Territorio, Estado y sociedad en Chile. La dialéctica de la descentralización:* entre la geografía y la gobernabilidad [tesis doctoral, Universidad de Alcalá] https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/2113/TESIS%20SBOISIER%20VERSION%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Carranza Ugarte, L. & Tuesta Cárdenas, D. (2013). Consideraciones para una descentralización fiscal: pautas para la experiencia peruana. *Estudios Económicos* (12), 1-81.
- Carrión, F. (editor). (2003). *La descentralización en América Latina: una perspectiva comparada.* Procesos de descentralización en la Comunidad Andina. FLACSO, OEA y Parlamento Andino.
- Contraloría General de la República. (2017). *Semáforo de calidad de información contable municipal 2017.* https://www.contraloria.cl/web/cgr/reportes-financieros-y-presupuestario.
- Delamaza Escobar, G. & Cunill Grau, N. (2012). *Nueva agenda de descentralización en Chile. Sentando más actores a la mesa.* Editorial RIL.
- Díaz López, G. (2016). Capacidades para la implementación de procesos de descentralización en territorios subnacionales: una aproximación teórica y empírica. *Polis,* 15(43), 461-481. https://www.scielo.cl/pdf/polis/v15n43/art_22.pdf

- Falleti, T. G. (2006). Una teoría secuencial de la descentralización: Argentina y Colombia en perspectiva comparada. *Desarrollo Económico*, 46(183), 317-352.

- Finot, I. (2001). *Descentralización en América Latina: teoría y práctica.* CEPAL, Serie 12, Gestión Pública. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7261/1/S01030319_es.pdf

- Gajardo Polanco S. (2019). *Inversión pública efectiva período* 2008-2018. http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/storage/docs/DOCUMENTO_INVERSION_PUBLICA_RMS_2008-2018.pdf

- Gobierno Regional de La Araucanía. (2018). *Plan de desarrollo para territorios rezagados para las comunas de Carahue, Nueva Imperial, Saavedra, Teodoro Schmidt y Toltén. Programa de gestión territorial para zonas rezagadas.* http://territoriosdeconvergencia.subdere.gov.cl/files/doc_zonas_rezagadas/PLAN-DE-INICIATIVAS-2018-2020-T-COSTA-ARAUCANIA-24-08.pdf

- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C. & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª edición). McGraw-Hill.

- Jara, J. & Fernández Labbé, J. (2008). *Evolución y análisis de la inversión de decisión regional (IDR), 1990-2007.* Subsecretaría de Desarrollo Regional. https://www.researchgate.net/publication/342564054_EVOLUCION_Y_ANALISIS_DE_LA_INVERSION_DE_DECISION_REGIONAL_IDR_1990_-2007_Unidad_de_Evaluacion_Departamento_de_Estudios_y_Evaluacion_Division_de_Politicas_y_Estudios_Subsecretaria_de_Desarrollo_Regiona

- Letelier Saavedra, L. (2019). Endeudamiento controlado: un incremento responsable en la capacidad de inversión de las comunas y regiones en su desarrollo. En H. von Baer y N. Bravo (eds.), *Desarrollo territorial colaborativo: descentralizando poder, competencias y recursos* (381 398). Ediciones Universidad de La Frontera.

- Lindh Allen, J. (2019). ¿Cómo avanzar hacia una mayor transparencia en los gobiernos regionales?. En H. von Baer y N. Bravo (eds.), *Desarrollo territorial colaborativo: descentralizando poder, competencias y recursos* (335-370). Ediciones Universidad de La Frontera.

- Martínez Carazo, P. C. (2006). El método de estudio de caso estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento & Gestión,* (20), 165-193. https://www.redalyc.org/pdf/646/64602005.pdf

- Mendes, M. (2004). *Federalismo fiscal e crescimento do governo: evidências eleitorais para o Brasil.* Anais do XXXII Encontro Nacional de Economia. http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A023.pdf

- Ministerio de Desarrollo Social. (2015). *Encuesta de caracterización socioeconómica nacional* (CASEN). http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-2015
- Ministerio de Desarrollo Social. (2017). *Encuesta de caracterización socioeconómica nacional* (CASEN). http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casenmultidimensional/casen/casen_2017.php
- Montecinos, E. (2005). Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática. *Revista EURE,* 31(93), 73-88.
- Muñoz, J. M. I. (2014). *Distribución comunal de la inversión de decisión regional: el caso del FNDR en Chile* 1997-2012 [tesis de magíster, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/117008/cf-munoz_jm.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Oates, W. E. (1977). *Federalismo fiscal.* (traductor P. Pérez Jiménez). Instituto de Estudios de Administración Local.
- Pacheco Flanagan, F.; Sánchez Fernández, R. & Villena, M. (2013). *Eficiencia de los gobiernos locales y sus determinantes: un análisis de fronteras estocásticas en datos de panel para municipalidades chilenas.* Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda.
- PNUD (2018). *Desigualdad regional en Chile. Ingresos, salud y educación en perspectiva territorial. Santiago de Chile.* Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Porto, A. (2012). Experiencias de financiación local en América del Sur. *Urban Public Economics Review,* (16), 12-41.
- Pressacco Chávez, C. F. & Rivera Aburto, S. (2015). Democracia, participación y espacio local en Chile. *Papel Político,* 20(1), 65-89.
- Restrepo Botero, D. I. (2004). De la descentralización a la regionalización: nuevo escenario de la guerra y oportunidad para la paz. *Revista EURE,* 30(89), 81-96
- Ruiz Olabuénaga, J. I. (2012). *Metodología de investigación cualitativa* (5ª edición). Universidad de Deusto.
- Sistema Nacional de Información Municipal. (2019). *Datos municipales 2018: evolución presupuestaria.* http://datos.sinim.gov.cl/evolucion_presupuestaria.php
- Sistema Nacional de Inversiones. (2019). *Informe anual de inversión pública* 2019. http://sni.gob.cl/storage/docs/Informe_Anual_2019_20Oct20.pdf

- Subsecretaría de Desarrollo Regional. (2019). Fondo Común Municipal. http://www.subdere.gov.cl/programas/divisi%C3%B3n-municipalidades/fondo-com%C3%BAn-municipal-fcm
- Vivar Águila, M. (2012). La descentralización fiscal en Chile. Una aproximación desde el enfoque cualitativo. *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos,* 10 (1), 35-57. https://www.sisomosamericanos.cl/index.php/sisomosamericanos/article/view/26

Normativa

- Decreto ley Nº 1.263, de 1975, *Orgánico de Administración Financiera del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 28 de noviembre de 1975. Última modificación 2 de abril de 2020. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6536
- Ley Nº 20.678, *establece la elección directa de los consejeros regionales.* Diario Oficial de la República de Chile, 19 de junio de 2013. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1051270
- Ley Nº 20.990, *dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional.* Diario Oficial de la República de Chile, 5 de enero de 2017. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1098725
- Ley Nº 21.073, *regula la elección de gobernadores regionales y realiza adecuaciones a diversos cuerpos legales.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de febrero de 2018. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1115503
- Ley Nº 21.074, *fortalecimiento de la regionalización del país.* Diario Oficial de la República de Chile, 15 de febrero de 2018. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1115064
- Ley Nº 21.125, *ley de presupuesto del sector público año 2019.* Diario Oficial de la República de Chile, 28 de diciembre de 2018. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1127180
- Ministerio del Interior (2005). *Decreto con fuerza de ley Nº 1-19.175, fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la ley Nº 19.175, orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional.* Diario Oficial de la República de Chile, 8 de noviembre de 2005. Última modificación 18 de diciembre de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=243771

- Ministerio del Interior (2006). *Decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2006. fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.* Diario Oficial de la República de Chile, 26 de julio de 2006. Última modificación 25 de enero de 2022. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=251693

- Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2020). *Decreto 24, de 2020, aprueba reglamento que fija los procedimientos y requerimientos de información para asignar los recursos del presupuesto de inversión regional, describe las directrices, prioridades y condiciones en que debe ejecutarse el presupuesto regional de acuerdo a marcos o ítems presupuestarios.* Diario Oficial de la República de Chile, 20 de noviembre de 2020. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1151932

- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). *Decreto Nº 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 25 de octubre de 2021. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302

ANEXO Nº 1

Entrevistado	Medio de contacto	Responde a contacto realizado	Modalidad de entrevista	Fecha entrevista
Subsecretario de nivel central 1	Email institucional	Sí	Presencial	24-05-2019
Concejal comuna 1	Llamada telefónica	Sí	Presencial	30-05-2019
Subsecretario de nivel central 2	Plataforma *lobby*	Rechaza audiencia	No se realiza	----------
Funcionario Nº 1 de nivel central 2	Email institucional	Sí	Presencial	14-06-2019
Funcionario Nº 2 del nivel central 2	Email institucional	Sí	Presencial	14-06-2019
Consejera regional 1	Email institucional	Sí	Presencial	18-06-2019
Ministro nivel central 3	Email institucional	Sí, pero deriva a jefe del Departamento de Estudios de la institución para responder a entrevista.	Skype	21-06-2019
Consejero regional 2	Email institucional	Sí	Presencial	25-06-2019
Consejero regional 4	Email institucional	No	No se realiza	----------
Consejero regional 5	Email Institucional	No	No se realiza	----------
Alcalde comuna 1	Plataforma *lobby*	Sí, pero deriva a administrador municipal(S) para responder entrevista.	Presencial	29-11-2019
Alcalde comuna 2	Plataforma *lobby*	Sí, pero deriva a alcalde(S) para responder entrevista.	Presencial	19-12-2019
Consejero regional 5	Email institucional	Sí	Presencial	07-01-2020
Alcalde comuna 3	Plataforma *lobby*	Sí	Presencial	10-01-2020
Alcalde comuna 4	Email institucional	No	No se realiza	----------

Fuente: elaboración propia sobre la base de entrevistas solicitas y realizadas.

UNA OBSERVACIÓN SOBRE LA OBLIGACIÓN DE OÍR AL ÓRGANO RECURRIDO EN EL RECURSO JERÁRQUICO, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY Nº 19.880

AN OBSERVATION ABOUT THE OBLIGATION TO HEAR TO RESPECTIVE PUBLIC BODY, IN THE HIERARCHICAL APPEAL CONTAINED IN ARTICLE 59 OF LAW NO. 19,880

Cristóbal Felipe Venegas Vilches[1]

Resumen

Este artículo pretende demostrar que, aunque el inciso sexto del artículo 59 de la ley Nº 19.880 no distingue entre el recurso jerárquico interpuesto directamente y el entablado subsidiariamente, en el marco de la obligación de oír previamente al subordinado, esta imposibilidad de distinguir acarrea algunas dificultades.

Palabras clave: procedimiento administrativo – recurso administrativo – recurso jerárquico

Abstract

This paper tries to demonstrate that, although the sixth paragraph of article 59 of law No. 19,880 does not distinguish between the hierarchical appeal brought directly and that one brought alternatively, in the context of the obligation to hear previously to the subordinate, this impossibility leads to some troubles.

Keywords: administrative procedure – administrative appeal – hierarchical appeal

1 Abogado de la Universidad de Chile, funcionario del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

Introducción

El catálogo de recursos administrativos goza de una importancia fundamental en la regulación administrativa, pues constituye uno de los mecanismos a través del cual los ciudadanos pueden hacer frente a la actividad de la Administración del Estado, teniendo en cuenta que la labor estatal tiene un carácter privilegiado que le permite «gozar de una presunción de legalidad o validez desde su inicio, lo que lleva aparejad[as] su ejecutividad, ejecutoriedad y… [aun]… su ejecución forzosa en ciertos casos» (Ferrada Bórquez, 2011: 252).

Si bien constituyen la manifestación del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley Nº 19.880 (Valdivia Olivares, 2018: 289), hay que considerar que la interposición de un recurso ya implica una carga procedimental para aquel administrado que desea resistir los efectos del acto administrativo. En consecuencia, resulta fundamental que estos se tramiten y resuelvan de la forma más expedita posible, en armonía con el principio de celeridad, el que señala que las autoridades y funcionarios de la Administración del Estado deberán actuar «haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión» (ley Nº 19.880, artículo 7º). Lo anterior, en relación también con los principios conclusivo y de economía procedimental, contenidos en los artículos 8º y 9º de la ley Nº 19.880 y en el inciso quinto del artículo 59 de la misma ley, en cuanto establece plazo para resolver los respectivos recursos[2].

En particular, el referido artículo 59 permite interponer el recurso de reposición y el recurso jerárquico, en el tiempo y en la forma señalada por la ley[3]. Así, su inciso primero faculta para presentar el recurso de reposición y, además, subsidiariamente a este, el recurso jerárquico, mientras que su inciso tercero autoriza entablar el recurso jerárquico directamente —cuando no se ha deducido

2 Sobre el particular, resultan ilustrativos los dictámenes Nº 10.104, de 2020 y 6.855, de 2020, de Contraloría General de la República. En efecto, el primero de ellos determinó que:

> Dado que se advierte que dicho recurso se encuentra pendiente ante esa dirección desde el mes de agosto de 2019, corresponde que esta, teniendo presente[s] los principios de celeridad y conclusivo que rigen los procedimientos administrativos, arbitre las providencias que sean necesarias a fin de resolverlo» (dictamen Nº 10.104, 2020).

En un sentido similar, el segundo concluyó que:

> El inciso quinto del artículo 59 de la ley Nº 19.880 previene que la autoridad llamada a conocer de los recursos de reposición y jerárquico debe resolverlos en un plazo no superior a 30 días, no obstante, esa SEREMI tardó 52 días hábiles en resolver el recurso de reposición y el jerárquico —a la fecha— se encuentra en trámite… En consecuencia, …considerando que los servicios fueron ejecutados y que la demora de que se trata no ha afectado la validez y cumplimiento de las prestaciones, esa SEREMI deberá, en lo sucesivo, adoptar las medidas necesarias a fin de dar cumplimiento a los plazos previstos en la normativa vigente y velar por los principios de eficiencia, eficacia y celeridad (dictamen Nº 6.855, 2020).

3 Dentro de la clasificación general, los recursos de reposición y jerárquico corresponden a recursos ordinarios, en contraposición a los recursos extraordinarios, los cuales solo proceden por causales específicas y taxativamente indicadas en la ley (Morales Espinoza, 2004: 190).

recurso de reposición–. En consecuencia, frente a un acto administrativo se podrían formular, excluyentemente, alguna de las siguientes hipótesis recursivas:

1) recurso de reposición, el que se interpone dentro de quinto día ante el mismo órgano que dictó el acto que se pretende impugnar;

2) recurso de reposición con jerárquico en subsidio. Al igual que el caso anterior, se presenta dentro de quinto día ante el mismo órgano que dictó la resolución que se pretende impugnar, con la diferencia de que, si este rechaza total o parcialmente la reposición, debe elevar los antecedentes a su superior jerárquico para que conozca del asunto en lo pertinente; y

3) recurso jerárquico, el que se entabla dentro de quinto día directamente ante el superior jerárquico del órgano recurrido.

En lo que nos interesa, solo analizaremos la segunda y tercera hipótesis, y en lo que dice relación con la obligación de oír al órgano recurrido.

2. Problema y análisis

En efecto, dentro de las formalidades que se deben observar en la sustanciación del recurso jerárquico, se encuentra la obligación del superior jerárquico de oír previamente al subordinado para resolver el recurso. Precisamente el texto de la norma dispone que «Si se ha deducido un recurso jerárquico, la autoridad llamada a resolverlo deberá oír previamente al órgano recurrido, el que podrá formular sus descargos por cualquier medio, escrito o electrónico» (ley Nº 19.880, artículo 59, inciso sexto).

Ahora bien, como señala el aforismo, donde la ley no distingue, tampoco debemos hacerlo nosotros –*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*–, de modo que, si el legislador no diferenció la modalidad de interposición del recurso jerárquico para efectos de cumplir con la exigencia de oír al órgano recurrido, resulta forzoso entonces asumir que esta debe operar tanto respecto del recurso jerárquico entablado directamente como de aquel deducido en forma subsidiaria.

La obligación de oír a la dependencia recurrida deviene natural frente a la interposición directa de un recurso jerárquico, pues el superior desconoce los hechos, antecedentes o razones jurídicas que motivaron el recurso más allá de lo relatado por el propio administrado en su presentación y, por tanto, le resultará indispensable escuchar los descargos del subordinado previamente (Cordero Vega, 2015: 416; Moraga Klenner, 2012: 376) y en relación a las pretensiones del recurrente, de modo que mal podría resolverse un recurso de este tipo sin

oír previamente al órgano recurrido, resultando una especie de condición *sine qua non*.

Sin embargo, respecto del recurso jerárquico deducido en subsidio, la situación es muy diferente, pues el inciso segundo del artículo 59 dispone que «Rechazada total o parcialmente una reposición, se elevará el expediente al superior que corresponda si junto con esta se hubiere interpuesto subsidiariamente el recurso jerárquico», de lo que se sigue que, en esta hipótesis, esta autoridad solo recibirá el expediente desde la dependencia subordinada una vez que esta se haya pronunciado sobre el recurso, ya sea rechazándolo total o parcialmente, a través de un acto administrativo fundado que deberá contener formalizada y pormenorizadamente todas las razones de hecho y de derecho que justifiquen su denegación, pronunciándose sobre cada una de las reclamaciones esgrimidas por el recurrente[4].

Por tanto, cabe preguntarse razonablemente ¿con qué objeto, entonces, el superior debe oír al inferior para resolver el recurso jerárquico deducido en subsidio, si ya existe un pronunciamiento formalizado de la autoridad recurrida que contiene todos sus argumentos o puntos de vista sobre el particular? ¿Qué información o argumentación, que no esté ya contenida en el acto administrativo que rechazó el recurso de reposición, podría requerir el superior jerárquico para resolver el recurso subsidiario?

En nuestra opinión, al menos de forma preliminar, la obligación del superior jerárquico de oír previamente al órgano inferior para resolver el recurso solo resultaría procedente cuando el recurso jerárquico fue interpuesto directamente, mas no cuando fue deducido en subsidio de una reposición, pues, en este último caso, no habría ninguna información jurídicamente relevante que el subordinado pudiera aportar al ser requerido o que el superior debiera conocer y que estuviera por fuera del acto administrativo que rechazó el recurso de reposición. Se

4 De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 41 de la ley Nº 19.880 «La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados». Asimismo, su inciso cuarto prescribe que «Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada». Lo anterior, debe relacionarse, además, con el principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la ley Nº 19.880, cuyo inciso final señala que «En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento» y con lo descrito en la letra f) del artículo 17, en cuanto constituye un derecho de las personas «Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución».

A propósito de un recurso de apelación en el marco de un procedimiento sancionatorio, la Contraloría General de la República ha dicho que:

> Cabe concluir que tanto la mencionada resolución exenta Nº 3.212, de 2010, de la secretaría regional ministerial ya referida, como la resolución exenta Nº 4.176, del mismo año, del Ministerio de Educación…, se dictaron en contravención a la normativa analizada, no encontrándose, por tanto, debidamente fundamentadas, lo que configura una vulneración tanto del referido principio de contradictoriedad como a su vez, de los principios de imparcialidad e impugnabilidad establecidos en los artículos 11 y 15, de la ley analizada» (dictamen Nº 1.094, 2012).

desvanecería, de este modo, la necesidad de oír al recurrido en perjuicio de los antecedentes formales ya contenidos en el expediente elevado.

Lo anterior no es irrelevante, pues la celeridad constituye uno de los principios a los que se encuentra sometido el procedimiento administrativo (ley Nº 19.880, artículos 4º y 7º; ley Nº 18.575, artículos 3º y 8º). Como el aporte del mencionado requisito es fútil para la sustanciación y resolución del recurso jerárquico, claramente entra en conflicto con el referido principio, así como con el de economía procedimental (ley Nº 19.880, artículo 9º). Ello, en la medida que el superior jerárquico se vería obligado a oír los descargos del subordinado que, por razones que a continuación examinaremos, mal podrían ser diferentes a los ya expresados en el acto administrativo que rechazó el recurso de reposición, es decir, tal procedimiento se reduciría a una mera repetición de los argumentos ya vertidos formalizadamente en el citado acto administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior y dada la redacción del inciso sexto del artículo 59, mal podríamos soslayar el carácter imperativo del requisito para el superior jerárquico. Por este motivo, convendrá examinar qué razones permitirían justificar la existencia de esta obligación en el caso del recurso jerárquico interpuesto en subsidio, aun cuando el subordinado ya emitió su opinión fundada mediante el acto administrativo que rechazó el recurso de reposición.

Como primera aproximación, resulta válido pensar que el superior jerárquico «debería» oír al inferior en la medida que, luego del examen del acto administrativo que resolvió la reposición que le fuera elevado, estimare la necesidad de aclaraciones, complementos, rectificaciones, pronunciamientos adicionales, opiniones sobre nuevas líneas argumentativas para abordar el asunto en estudio, etcétera, ya sea en cuanto a la forma o al fondo del asunto. Sin embargo, todas estas eventuales hipótesis sufren del mismo problema: estarían determinadas por la existencia de algún error u omisión en la sustanciación de la reposición por parte del subordinado que, necesariamente, debería ser enmendado por el superior que está conociendo del jerárquico, emergiendo, de este modo, la «necesidad» de oír al recurrido.

Sin embargo ¿qué ocurriría si la sustanciación de la reposición se encuentra perfectamente ajustada a la normativa y la autoridad jerárquica comparte íntegramente los argumentos vertidos por el dependiente en el acto que resolvió la reposición? ¿Surgiría en ese caso la necesidad de oír al subordinado? ¿Con qué objeto el superior debería oír al recurrido? Bajo este supuesto, ninguna de las hipótesis anteriores resulta muy satisfactoria, pues no podrían servir de fundamento plausible para darle sentido a la obligación de oír al inferior a todo evento —carácter imperativo— tal como exige la ley, sino solo frente a la concurrencia de algún error u omisión.

En nuestra opinión, la dificultad de encontrar buenas razones que permitan dotar de contenido a la obligación de oír al subordinado en el caso del recurso jerárquico subsidiario se explica, porque, a diferencia del recurso jerárquico interpuesto directamente, siempre habrá un pronunciamiento formal, previo y necesario de la autoridad recurrida que permeará inevitablemente el contenido y alcance de este deber. La sola existencia de una resolución previa del incumbente constituye, por sí, un cuestionamiento a la necesidad de formular descargos, lo que revela la incongruencia subyacente.

Por último y frente al hecho evidente de que la obligación de oír al recurrido se despliega con mayor naturalidad en el recurso jerárquico interpuesto directamente que en aquel deducido subsidiariamente, no deja de ser interesante analizar si, desde una perspectiva del texto normativo, el legislador efectivamente pretendía que el inciso sexto se aplicara para ambas hipótesis de recurso jerárquico o bien solo para alguna de ellas.

Para tales efectos resulta útil la historia fidedigna de la ley Nº 19.880, que podría darnos alguna pista sobre el particular. En efecto, en el segundo informe de la Comisión de Gobierno da cuenta de que:

> El… senador [Andrés] Zaldívar,… en las indicaciones Nºs. 85, 86 y 87 intercala entre los artículos 55 y 56 del texto aprobado en general, tres nuevos preceptos:… Los incisos cuarto y séptimo —que constituyen el segundo artículo propuesto en la indicación Nº 86— reglamenta[n] la interposición del recurso jerárquico cuando no se ha deducido reposición. En este caso, el jerárquico se presentará para ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto impugnado, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Agrega, el inciso séptimo, que la autoridad llamada a resolver el recurso jerárquico deberá previamente oír al órgano recurrido (Historia de la ley Nº 19.880: 136).

De lo anterior, podría deducirse que, al menos, indiciariamente y durante dicha instancia de discusión legislativa, los actuales incisos tercero y sexto del artículo 59 tenían por objeto la regulación del recurso jerárquico específicamente «cuando no se ha deducido reposición», aunque finalmente ello no quedó cristalizado de ese modo en el texto definitivo.

Esto resulta interesante, pues ofrece una perspectiva bastante natural para interpretar la obligación del superior jerárquico de oír al subordinado en la medida que, como señalamos, dicho deber se desenvuelve más cómodamente cuando no se dedujo recurso de reposición. No obstante, ello no deja ser un elemento más para el análisis frente al muro infranqueable que constituye la imposibilidad de distinguir cuando el legislador no lo hizo, como resulta forzoso interpretar, dada la forma en que se encuentra redactado el artículo 59.

3. Conclusiones

Como señalamos, en nuestra opinión, no existen buenas razones que permitan justificar plausiblemente la existencia de la obligación de oír al subordinado en el marco de un recurso jerárquico interpuesto en subsidio de la reposición, pues, a fin de cuentas, los descargos del recurrido se reducirán a una simple repetición de los argumentos ya esgrimidos en el acto administrativo que rechazó el recurso de reposición.

Lo anterior nos lleva a pensar que la obligación de oír al subordinado en el marco de un recurso jerárquico subsidiario no sería útil en la medida que esta necesidad se desvanece irremediablemente frente al contenido formal del expediente elevado. Así, tal como se indicó, este requisito deviene más bien en un problema que atenta contra la tramitación expedita del recurso, habida cuenta de los ya citados principios de celeridad[5] y economía procedimental, así como del plazo de 30 días que impone el legislador a la Administración para resolver el recurso, considerando que se trata de una exigencia de carácter imperativa para el superior jerárquico que está conociendo del asunto.

Por último y más allá de lo señalado en esta pequeña reflexión, no debemos perder de vista que «donde el legislador no distinguió no es lícito al interprete distinguir», de modo que, frente a la imposibilidad de distinguir, no queda más que hacer cumplir su voluntad y asumir que la obligación de oír previamente al órgano recurrido se debe aplicar a cualquier hipótesis de interposición de recurso jerárquico. De este modo y de no mediar mejores razones que permitan justificar esta exigencia en el marco del recurso jerárquico subsidiario, nuestra observación adoptaría un carácter de *lege ferenda,* en el mejor interés de optimizar la actividad de la Administración del Estado en su relación con los administrados.

5 Sobre el particular, el profesor Jorge Bermúdez Soto, advierte que la regla del inciso segundo del artículo 7º de la ley Nº 19.880:

> Es demostrativa de dos cosas. Por una parte, es manifestación de la intención que tuvo el legislador al dictar la… [ley Nº 19.880], que básicamente se refería a evitar la dilación en la tramitación de los procedimientos administrativos. Sin embargo, un segundo aspecto es más relevante, ya que esta disposición constituye una confirmación del carácter abierto que tiene el procedimiento administrativo y de la primacía con que cuenta la Administración pública en la configuración del mismo. Si bien, es posible que la decisión con que concluye el procedimiento administrativo corresponda a un acto administrativo reglado, durante la tramitación del procedimiento administrativo la Administración tiene un poder discrecional, en ocasiones para iniciar o no el procedimiento administrativo, para aceptar o no las pruebas y para, en definitiva, configurar el contenido del procedimiento (Bermúdez Soto, 2014: 181-182).

Referencias

- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho administrativo general* (3ª edición actualizada). Editorial Thomson Reuters.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de derecho administrativo* (2ª edición corregida). Editorial Thomson Reuters.
- Ferrada Bórquez, J. C. (2011). Los procesos administrativos en el derecho chileno. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* 36 (1).
- Moraga Klenner, C. (2011). Notas al procedimiento administrativo y la doctrina chilena. En *Derecho administrativo. 150 años de doctrina.* Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador). Editorial Jurídica de Chile.
- Morales Espinoza, B. (2004). Algunos aspectos de los recursos administrativos en la ley Nº 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. En *Revista Actualidad Jurídica,* (9). Universidad del Desarrollo.
- Valdivia Olivares, J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo.* Editorial Tirant Lo Blanch.

NORMATIVA

- Ley Nº 19.880, *que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 29 de mayo de 2003. Última modificación 23 de febrero de 2017. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001). *Decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.* Diario Oficial de la República de Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865

HISTORIA DE LA LEY

- Historia de la ley Nº 19.880, *que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.* https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5844/

JURISPRUDENCIA

Contraloría General de la República. Dictámenes:

- Nº 1.094 (2012).
- Nº 6.855 (2020).
- Nº 10.104 (2020).

INNOVACIONES ANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 EN LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES: MAPEO DE MEJORES PRÁCTICAS Y LECCIONES APRENDIDAS

INNOVATIONS IN THE COVID-19 PANDEMIC IN SUPREME AUDIT INSTITUTIONS: MAPPING OF BEST PRACTICES AND LESSONS LEARNED

Carlos Miguel Gómez Márquez[1]
Edgar Ávila Rodríguez[2]

No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo.

La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a las personas y países, porque la crisis trae progresos. La creatividad nace de la angustia como el día nace de la noche oscura.

Es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias.

Quien supera la crisis se supera a sí mismo sin quedar «superado».

Quien atribuye a la crisis sus fracasos y penurias, violenta su propio talento y respeta más a los problemas que a las soluciones. La verdadera crisis, es la crisis de la incompetencia. El inconveniente de las personas y los países es la pereza para encontrar las salidas y soluciones. Sin crisis no hay desafíos, sin desafíos la vida es una rutina, una lenta agonía. Sin crisis no hay méritos.

1 Vicepresidente de Investigación y Normatividad de la Academia Mexicana de Auditoría al Desempeño; licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán; magíster en Seguridad Alimentaria del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

2 Contador público de la Universidad Tecnológica de México.

Es en la crisis donde aflora lo mejor de cada uno, porque sin crisis todo viento es caricia.

Hablar de crisis es promoverla, y callar en la crisis es exaltar el conformismo.

En vez de esto, trabajemos duro. Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora, que es la tragedia de no querer luchar por superarla.

La crisis según ***Albert Einstein 1879-1955.***

Siglas y acrónimos

OLACEFS	Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
INTOSAI	Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores
EUROSAI	Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Europa

Resumen

En la investigación que se presenta a continuación, se desarrolla un marco de referencia sobre los distintos tipos de innovación que se pueden generar al interior de las entidades fiscalizadoras superiores alrededor del mundo para coadyuvar a mejorar su labor de auditoría, en términos de:

a) procesos de fiscalización,

b) incorporación de tecnologías de la información y la comunicación y

c) capacitación al personal auditor.

Con base en este marco de referencia, se identifican las mejores prácticas que las entidades fiscalizadoras superiores de la región de América Latina y el Caribe han adoptado en respuesta a la pandemia del virus SARS-CoV-2 —COVID-19—, en materia de: auditoría en tiempo real, *ex dure* o concurrente; auditoría remota y formación a distancia. Además, se identifican otras tendencias internacionales de las entidades fiscalizadoras superiores de España, Nueva Zelanda y Estados Unidos, sobre las que se debe prestar especial atención: auditoría a la función de

compliance, monitoreo de avances de la implementación de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible y gestión de riesgos de alto impacto. Todo lo anterior, con la finalidad de contribuir al intercambio de conocimientos y aprendizajes, en favor del desempeño de las entidades fiscalizadoras superiores, pues como se plasma en el lema de la INTOSAI: «la experiencia mutua beneficia a todos».

Abstract

In the research presented below, a reference framework is developed on the different types of innovation that can be generated within supreme audit institutions around the world to help improve their audit work, in terms of:

a) audit processes,

b) incorporation of information and communication technologies and

c) training of audit personnel.

Based on this reference framework, the best practices of the supreme audit institutions of the Latin American and Caribbean are identified in response to the SARS-CoV-2 (COVID-19) virus pandemic, in terms of: audit "in real time", "ex dure" or "concurrent"; "remote audit" and remote training; in addition, other international trends of the supreme audit institutions of Spain, New Zealand and the United States are identified on which special attention should be paid: audit of the compliance function, monitoring of progress of the implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development and Management of High Impact Risks. All of the above, in order to contribute to the exchange of knowledge and learning, in favor of the performance of supreme audit institutions, as it is reflected in the motto of INTOSAI: "mutual experience benefits everyone".

Introducción

El 30 enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró a la epidemia provocada por el virus SARS-CoV-2 —la COVID-19—, como emergencia de salud pública mundial, por lo que instó a todos los gobiernos del mundo a adoptar diversas medidas de contención ante este fenómeno, entre las que destacan: la vigilancia activa; la detección temprana; el aislamiento y el manejo de los casos; el seguimiento de contactos; y la prevención de la propagación del virus (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Cabe señalar que la magnitud, la rapidez y los efectos de esta pandemia de dimensiones globales, han exigido una respuesta inmediata y oportuna por parte de los gobiernos, lo que ha dado lugar a la implementación de acciones reactivas y «sobre la marcha». Las mismas están expuestas a diversos riesgos, pues la premura pudo conducir al incumplimiento de la legislación aplicable; al uso ineficiente de recursos; y a la falta de transparencia y rendición de cuentas. Ante tal panorama, hoy más que nunca, las entidades fiscalizadoras superiores tienen un rol clave en:

a) la evaluación del desempeño de la respuesta gubernamental a la pandemia;

b) la detección de faltas de conducta y actos de corrupción; y

c) la revisión del ejercicio de los recursos públicos.

Todo lo anterior, por medio de su labor de auditoría.

En este contexto, el presente documento de investigación mapea aquellas innovaciones llevadas a cabo por las entidades fiscalizadoras superiores ante la COVID-19, mismas que se constituyen en mejores prácticas y lecciones aprendidas en respuesta a una crisis, las cuales podrían ser replicables por otras entidades, bajo un enfoque de «transferencia de políticas públicas»[3].

1. Objetivo y alcance de la investigación

1.1. Objetivo

Desarrollar un marco de referencia sobre los distintos tipos de innovación que se pueden generar en las entidades fiscalizadoras superiores, en términos de procesos, tecnologías y capacitación. Con base en este, identificar las mejores prácticas que las entidades fiscalizadoras superiores de la región de América Latina y el Caribe han adoptado en respuesta a la pandemia de la COVID-19, en materia de auditoría en tiempo real, auditoría remota y formación a distancia, así como otras tendencias internacionales sobre las que se debe prestar especial atención: *compliance*, Agenda 2030 y gestión de riesgos de alto impacto.

3 La transferencia de políticas corresponde a un enfoque de formulación de políticas públicas, que se define como el proceso en el que los conocimientos acerca de una política, disposiciones administrativas, instituciones se usan en el desarrollo de otra política en otro momento o lugar. Los formuladores de políticas utilizan frecuentemente la experiencia internacional para abordar problemas públicos (Fuentes Rodríguez, 2012).

1.2. Alcance

Esta investigación se enfocó en la identificación de innovaciones, implementadas por las entidades fiscalizadoras superiores de la región durante 2020 y, en el contexto de la COVID-19, bajo tres ejes rectores:

1) Procesos.

2) Tecnologías.

3) Capacitación.

Ellos permitieron detectar que:

a) en materia de procesos, destaca la práctica de la auditoría en tiempo real, *ex dure* o concurrente, en los casos de la Contraloría General de la República de Colombia, el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil y la Contraloría General del Estado de Ecuador;

b) en el ámbito de la incorporación de tecnologías, la instrumentación de la auditoría remota, como es el caso del uso de la herramienta «Buzón Digital», desarrollada en la Auditoría Superior de la Federación; y

c) en lo que corresponde a la capacitación, se encuentra la formación a distancia ofrecida por la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República del Perú y por el Instituto Serzedello Corrêa del Tribunal de Cuentas de la Unión.

Cabe señalar que estas mejores prácticas se constituyen en un listado enunciativo, mas no limitativo, de las innovaciones identificadas, pues se reconoce la existencia de una gran riqueza y diversidad de actuaciones novedosas implementadas por las entidades fiscalizadoras superiores de la región en respuesta a la pandemia, lo que denota la necesidad de continuar detectándolas y compartiéndolas.

Por otra parte, esta investigación también identificó otras mejores prácticas, las cuales deben ser especialmente consideradas por las entidades fiscalizadoras superiores de la región y por la propia OLACEFS, mismas que se constituyen en tendencias internacionales. Entre estas destacan:

a) la fiscalización del *compliance* —cumplimiento normativo— en el sector público, por parte del Tribunal de Cuentas de España;

b) el seguimiento a la adopción de la Agenda 2030, por la Entidad Fiscalizadora Superior de Nueva Zelanda; y

c) la alerta de riesgos de alto impacto al Congreso, por parte de la Government Accountability Office de los Estados Unidos.

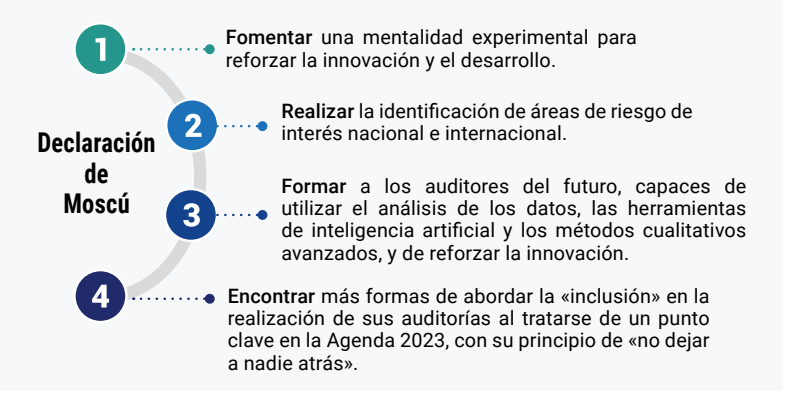
2. Desarrollo de la investigación

2.1. El compromiso de las entidades fiscalizadoras superiores con la innovación: los postulados de la Declaración de Moscú

En 2019, las entidades fiscalizadoras superiores miembros de la INTOSAI suscribieron la Declaración de Moscú, donde reconocieron que deben ser capaces de aplicar nuevos enfoques, a fin de asegurar su valor y beneficio.

En dicha declaración, se proclama que las direcciones futuras de la auditoría pública involucran lo siguiente:

Declaración de Moscú: direcciones futuras de la auditoría pública



Es así como, reconociendo que la innovación juega un papel fundamental para responder a nuevos entornos, como es el caso de la pandemia de la COVID-19, resulta imprescindible y de valor que las entidades fiscalizadoras superiores de la región de América Latina y el Caribe colaboren entre sí y en el marco de la OLACEFS, para realizar un mapeo de mejores prácticas que coadyuven a mejorar su desempeño y maximizar su potencial, a la par de que se vuelvan más innovadoras, adaptándose al contexto actual.

2.2. La importancia de mapear tendencias y buenas prácticas: lecciones desde EUROSAI Innovations

Desde 2013, la EUROSAI comenzó a detectar las innovaciones más relevantes desarrolladas por las entidades fiscalizadoras superiores de la región de Europa, mismas que se recaban en el documento «Innovaciones en EUROSAI/EUROSAI Innovations» (Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Europa, 2014).

Entre las innovaciones más destacables de sus últimas cuatro publicaciones se encuentran los casos de:

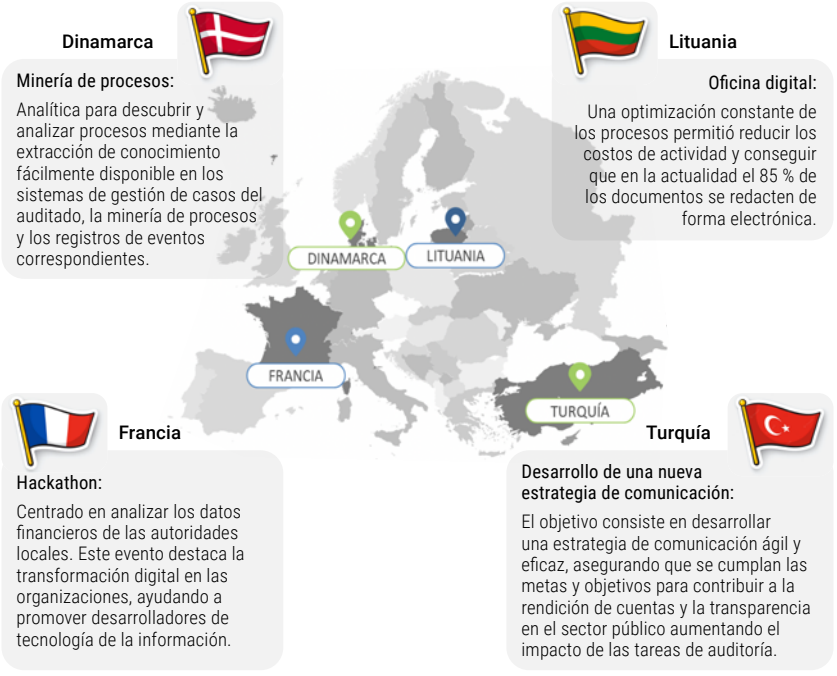
a) Dinamarca, en materia de minería de datos;

b) Francia, la cual organiza un hackathon[4] para analizar datos financieros;

c) la digitalización de los procesos de Lituania, y

d) Turquía, que ha desarrollado una nueva estrategia de comunicación centrada en la rendición de cuentas, como se detalla a continuación:

INNOVACIONES DESTACADAS EN EUROSAI



En este contexto, esta actividad sistemática de identificar las mejoras prácticas instrumentadas por las entidades fiscalizadoras superiores resulta ser un punto de referencia y ejemplo para la OLACEFS, por lo que se sugiere, en el marco de esta investigación, que este organismo internacional valore la factibilidad de también llevar a cabo, periódicamente, un mapeo de las innovaciones desarrolladas por las entidades fiscalizadoras superiores de la región, como el que se presenta en el apartado 2.4 de este documento.

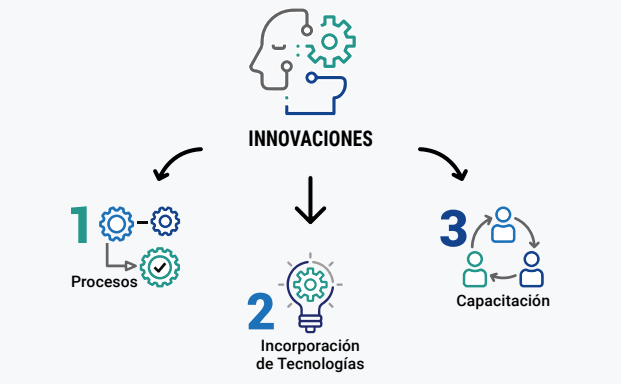
4 Es una competencia contra reloj en la que los participantes podrán buscar soluciones en grupo a problemáticas sociales, tecnológicas o sustentables con la asesoría y acompañamiento de expertos tanto del sector privado como del área pública.

Lo anterior, sin demeritar las distintas actividades que la OLACEFS ha realizado en favor de la innovación, entre las que destacan los «talleres sobre innovación» impartidos, en 2016 y 2019, a las entidades fiscalizadoras superiores de América Latina y a los grupos regionales de la INTOSAI, así como el ciclo de webinarios en tiempos de la COVID-19, desarrollados durante 2020, donde se abordaron, entre otros temas relevantes, la auditoría a la cultura organizacional, la gestión organizacional durante la crisis; y el control externo y la pandemia.

2.3. Marco de referencia desarrollado para identificar las innovaciones de las entidades fiscalizadoras superiores

De acuerdo con Peter Drucker (2008) —escritor, consultor y empresario, considerado como uno de los padres de la administración—, la innovación se define como «la búsqueda consciente y organizada de cambios y en el análisis sistemático que esos cambios pueden ofrecer para la innovación económica o social».

Tomando como referencia esta definición, en esta investigación se identifica que las innovaciones en el ámbito de la fiscalización se pueden dar bajo tres ejes rectores:



Estas innovaciones se detallan a continuación:

a) En los procesos mismos: lo que se refiere a las nuevas formas en las que las entidades fiscalizadoras superiores desarrollan su labor sustantiva de revisión, lo cual incluye a los distintos tipos de auditoría que realizan.

   Un ejemplo de ello es que, si bien la INTOSAI reconoce tres tipos de auditoría: de cumplimiento, financiera y de desempeño, actualmente, algunas entidades fiscalizadoras superiores también practican evaluaciones de políticas públicas, como es el caso de la Auditoría Superior de la Federación (2021), para valorar el impacto de los programas, proyectos y acciones gubernamentales.

Aunado a lo anterior, existen ciertas entidades fiscalizadoras superiores que, además de llevar a cabo revisiones ex post, también están realizando revisiones «en tiempo real», como es el caso del Tribunal de Cuentas de la República Federal Alemana. Este practica auditorías «en tiempo real» para monitorear los programas gubernamentales, desde su inicio hasta su conclusión, con el objetivo de proporcionar asesoría profesional y supervisar el éxito de los programas, en lugar de simplemente señalar las deficiencias después de los hechos ocurridos (Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Europa, 2015).

b) Incorporación de tecnologías: lo cual se refiere al uso de nuevas tecnologías —incluyendo a las de la información y comunicación—, para automatizar, agilizar, simplificar y eficientar procesos, así como mejorar la comunicación. Un ejemplo destacado en este campo es el de la Contraloría General de la República de Colombia (2019), la cual ha desarrollado la herramienta «OCÉANO», que consiste en una plataforma que concentra información pública sobre los contratos a nivel nacional y permite establecer relaciones entre los datos de las contrataciones, a fin de detectar posibles riesgos de corrupción, como la suplantación de personas fallecidas, la adjudicación de proyectos a compañías sancionadas y la concentración de las contrataciones en ciertos grupos o empresas.

c) Capacitación: las diversas restricciones de movilidad y tiempo, entre ellas la pandemia de la COVID-19, han vuelto relevante la formación a distancia, la cual se refiere a garantizar una oferta de cursos que, aprovechando las tecnologías de la información y comunicación, permita capacitar al personal auditor de manera remota. Un ejemplo destacado en este ámbito es el curso de «Agenda 2030 y entidades fiscalizadoras superiores» del Instituto Serzedello Corrêa (2019) del Tribunal de Cuentas de la Unión, el cual se imparte de manera abierta y a distancia no solo a auditores de ese organismo de control brasileño, sino además a otras entidades miembros de la OLACEFS y tiene por objetivo que los auditores identifiquen el rol de las entidades fiscalizadoras superiores para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible, así como aplicar los conocimientos adquiridos en una auditoría.

2.4. Mapeo de innovaciones en las entidades fiscalizadoras superiores de la OLACEFS, en respuesta a la pandemia de la COVID-19

Tomando como referencia el documento «Innovaciones de la EUROSAI», así como el marco antes expuesto —procesos, tecnologías y capacitación—, en esta investigación se procedió a identificar las innovaciones adoptadas por las entidades fiscalizadoras superiores de la región de cara a la pandemia de la COVID-19, mismas que se muestran en el esquema siguiente:

Al respecto, se identificó que:

a) en materia de procesos, destaca la auditoría en tiempo real, *ex dure* o concurrente, presente en los casos de la Contraloría General de la República de Colombia, el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil y la Contraloría General del Estado de Ecuador;

b) en la incorporación de tecnologías, destaca la instrumentación de la «auditoría remota», por medio de la herramienta «Buzón Digital» desarrollada en la Auditoría Superior de la Federación; y

c) por lo que se refiere a la capacitación, destaca la formación a distancia desarrollada y provista por la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República del Perú y por el Instituto Serzedello Corrêa del Tribunal de Cuentas de la Unión.

Al respecto, en los siguientes apartados se detallan estas mejores prácticas.

2.4.1. Procesos de fiscalización: auditoría en tiempo real, *ex dure* y concurrente

La fiscalización en tiempo real, *ex dure* o concurrente es aquella que se caracteriza por llevarse a cabo de manera simultánea, a la par o poco tiempo después de que los recursos públicos son ejercidos y las acciones gubernamentales son instrumentadas.

Al respecto se identificaron tres entidades fiscalizadoras superiores que actualmente están empleando este enfoque innovador de auditoría en tiempo real, *ex dure* o concurrente:

2.4.1.1. Contraloría General de la República de Colombia: auditoría concurrente

En respuesta a la pandemia de la COVID-19, se llevaron a cabo cambios en la legislación que le permiten a la Contraloría General de la República de Colombia

(2020) ejercer el control concurrente y preventivo, a fin de llevar a cabo, en tiempo real y oportuno, el seguimiento permanente de las medidas adoptadas por el gobierno de ese país al decretar el estado de emergencia económica y social a nivel nacional para contener el contagio del virus de la COVID-19.

El control concurrente consiste en el acompañamiento e identificación de las actividades vulnerables a los comportamientos indebidos de los servidores públicos, en la contratación de un bien, servicio u obra pública. Este se realiza en forma de hitos de control e implica la elaboración de informes de control secuenciales (Contraloría General de la República del Perú, 2021).

2.4.1.2. Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil: seguimiento de acciones

El Tribunal de Cuentas de Unión desarrolló el Plan Especial de Seguimiento de Acciones para Combatir la COVID-19, con objeto de detectar la ocurrencia de riesgos, fallas o desvíos de los recursos destinados a responder a la crisis. Asimismo, en su informe publicado en diciembre, dicho organismo dio acompañamiento y supervisión a los apoyos de emergencia que han sido otorgados para atender la crisis y otras acciones relacionadas con asistencia social (Tribunal de Cuentas de la Unión, 2020a).

Aunado a lo anterior, el Tribunal de Cuentas de la Unión (2020b) realizó una evaluación a la «gobernanza del centro de gobierno», practicada al gobierno federal brasileño, con base en la que señaló que no se establecieron lineamientos estratégicos ni objetivos para enfrentar la pandemia, a través de una planeación estratégica, con el fin de orientar acciones y prioridades, definidas a partir de la evaluación de la situación sanitaria, económica, política y social realizada por los distintos ministerios.

2.4.1.3. Contraloría General del Estado de Ecuador: reestructuración de la planeación

En el caso de la Contraloría General del Estado (2020a), las denuncias y la priorización de gasto público en insumos de protección, atención a la población afectada y medicamentos para responder a la emergencia, obligaron a esta entidad a modificar su planificación, por lo que inició auditorías en 253 instituciones públicas, incluyendo hospitales y centros de salud, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los institutos de seguridad social de la Policía y las Fuerzas Armadas, y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos. Como resultado de su labor de fiscalización, se aprobaron 165 informes generales y 45 informes con indicios de responsabilidad penal, debido a irregularidades en la adquisición de elementos de protección —mascarillas, respiradores y pantallas protectoras— y en la compra de kits alimenticios.

Al respecto, durante la pandemia, la Contraloría General del Estado (2020b) auditó los kits de alimentos que entregó el gobierno ecuatoriano y para ello solicitó el listado de servidores y exservidores que actuaron durante el período examinado, en las fases de contratación, el análisis de los precios unitarios de cada producto y el desglose de los precios directos e indirectos incluidos en el contrato, con el objetivo de verificar que las operaciones se efectuaron con apego a la normativa vigente, respetando los principios de propiedad, veracidad y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

2.4.2. Incorporación de tecnologías: auditoría remota

2.4.2.1. Auditoría Superior de la Federación de México: Buzón Digital

Se identificó que, para llevar a cabo el trabajo de auditoría de manera remota, una de las entidades fiscalizadoras superiores que adaptó sus procesos de manera innovadora fue la Auditoría Superior de la Federación con la instrumentación del Buzón Digital.

El Buzón Digital es una plataforma tecnológica de comunicación bidireccional entre la Auditoría Superior de la Federación y los entes fiscalizados a través de la cual la entidad fiscalizada certifica y envía información requerida por la Auditoría Superior de la Federación, solicita prórrogas y obtiene respuesta sobre verificaciones cuantitativas por parte de la Auditoría Superior de la Federación logrando, la misma seguridad y certeza jurídica que tienen los actos realizados con firma autógrafa y de forma presencial (Auditoría Superior de la Federación, 2020).

Con esta herramienta, la Auditoría Superior de la Federación busca optimizar el uso de los recursos vinculados con la ejecución de procesos que se desprenden de la práctica de auditorías, principalmente para el análisis y manejo de la información. Cabe señalar que se tuvieron diversos encuentros entre el personal de la Auditoría Superior de la Federación y los legisladores de las Comisiones de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación y de Transparencia y Anticorrupción de la Cámara de Diputados, con el propósito de impulsar la iniciativa de reforma a la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas a la Federación, con la cual, se sentaron en ley, las bases para la práctica de auditorías a través de medios electrónicos, mismo que se publicó el 15 de octubre de 2020 (Colmenares Páramo, 2020).

2.4.3. Formación a distancia

Tras el confinamiento generado por la pandemia de la COVID-19, la participación de los servidores públicos en las acciones de capacitación de las entidades fiscalizadoras superiores se volvió exclusivamente remota. Por ello, los cursos abiertos y cortos ofrecidos en la modalidad a distancia se convirtieron, de

una tendencia internacional, a una necesidad innegable, situación por la cual resulta relevante identificar aquellas entidades fiscalizadoras superiores que se adaptaron a esta nueva normalidad, proveyendo, de manera novedosa, formación a los auditores, utilizando las tecnologías de la información y la comunicación.

En este contexto, en materia de capacitación a distancia, destacan los *massive online open courses,* «MOOC», de la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República de Perú y la capacitación a distancia del Instituto Serzedello Corrêa del Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil, sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Esta última no solo se impartió a los auditores de esa entidad de control, sino además al personal auditor interesado de otros países, al igual que el curso de extensión en cuentas públicas dirigido a legisladores, donde, entre otros aspectos, se abordó el impacto generado por la COVID-19, lo cual se detalla a continuación:

2.4.3.1. Escuela Nacional de Control de Perú

La Escuela Nacional de Control (2021) ha diseñado un conjunto de programas y cursos «MOOC» de actualización en control gubernamental y gestión pública, los cuales son de modalidad virtual y permiten a los participantes conocer y mantenerse actualizados en la normativa y procedimientos aplicados a la gestión pública y el control gubernamental, para el correcto uso de los recursos y bienes del Estado. Todo ello en el marco de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Entre las ventajas de la modalidad MOOC, destaca que se realizan en línea, mediante la plataforma del Aula Virtual de la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República de Perú, además de que cuentan con una modalidad de aprendizaje flexible, lo que quiere decir que los estudiantes pueden acceder desde cualquier lugar y momento y avanzar a su ritmo, según el plazo establecido en el cronograma del curso.

2.4.3.2. Instituto Serzedello Corrêa

El Instituto Serzedello Corrêa (2021) ha impulsado continuamente la formación de manera abierta y a distancia. Un curso a destacar es el de la «Agenda 2030 y entidades fiscalizadoras superiores» el cual tiene por objetivo que los auditores identifiquen el rol de las entidades fiscalizadoras superiores para alcanzar las principales características de los objetivos de desarrollo sostenible, así como aplicar los conocimientos adquiridos en una auditoría.

Asimismo, el 13 de octubre se dio el curso de «Extensión de Cuentas Públicas en Brasil» a funcionarios —en colaboración con Interlegis, el Senado Federal y la Cámara de Diputados—, con el objetivo de comprender los principales problemas relacionados con las cuentas públicas en Brasil, sus consecuencias y las posibilidades de corrección que existen, donde también se abordó el impacto de la pandemia de la COVID-19 (Interlegis, 2020).

3. Otras innovaciones detectadas alrededor del mundo

3.1. Auditoría a la función de *compliance*: el Tribunal de Cuentas de España

El *compliance* —cumplimiento normativo— es el conjunto de mecanismos diseñados e instrumentados para garantizar el cumplimiento normativo y el comportamiento ético en las organizaciones, tanto públicas como privadas, a través de la gestión de riesgos legales y penales; la promoción de la legalidad y la integridad, así como la respuesta, la investigación y la sanción efectiva ante faltas de conducta y actos de corrupción (Requena & Gómez Márquez, 2019).

Al respecto, en 2020, el Tribunal de Cuentas de España publicó un informe en donde aborda, por primera vez, las medidas adoptadas por las principales sociedades estatales como consecuencia de la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, tras la modificación del Código Penal en 2010.

Entre las principales conclusiones de este informe destacan las siguientes:

1) Las sociedades revisadas se han esforzado en implementar modelos o sistemas de prevención de riesgos penales para evitar su responsabilidad penal, lo que incluye la existencia de un sistema de ética y el fomento de una cultura ética.

2) Existe un importante nivel de concienciación en la materia y un progresivo crecimiento de los recursos destinados al desarrollo de este tipo de modelos de *compliance*.

3) En 13 sociedades de las 30 analizadas, el sistema de ética estaba implementado en grado inicial; en 14 el sistema se encontraba en fase de desarrollo; en 1 su desarrollo era incipiente; y en 2 era inexistente (Tribunal de Cuentas de España, 2020).

3.2. Revisando la adopción de la Agenda 2030: la entidad fiscalizadora superior de Nueva Zelanda

En 2015, los 193 Estados de la Asamblea General de la ONU acordaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la cual se conforma por 17 objetivos de desarrollo sostenible y 169 metas de alcance mundial (Organización de las Naciones Unidas, 2015), orientadas a alcanzar un verdadero desarrollo sostenible en las vertientes social, económica y ambiental.

Sobre este tema, en 2021, la entidad fiscalizadora superior de Nueva Zelanda —Controller and Auditor-General of New Zealand— publicó un informe en el que analiza la preparación del gobierno para implementar los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030.

Las principales conclusiones de este informe son las siguientes:

1) Es necesario tener claridad en los objetivos definidos e informar de manera transparente sobre los progresos alcanzados para que el Parlamento y el público en general puedan evaluar el desempeño del gobierno y hacer que este rinda cuentas.

2) El gobierno ha mejorado los datos disponibles sobre bienestar. Al respecto, se han desarrollado dos marcos de monitoreo que evalúan los resultados del bienestar y estos tienen varios indicadores que se alinean con los objetivos de desarrollo sostenible. Sin embargo, se necesitan mejoras para que estos marcos monitoreen adecuadamente el progreso conseguido.

3) Aunque se están realizando esfuerzos para abordar las lagunas de datos existentes, existe el riesgo de que estos esfuerzos puedan llegar demasiado tarde para ayudar a medir el progreso hacia el logro de los objetivos de desarrollo sostenible para 2030 (Controller and Auditor-General of New Zealand, 2021).

3.3. Alertando sobre riesgos estratégicos: la lista de alto riesgo de la Government Accountability Office

El riesgo se define como la posibilidad de que un acontecimiento ocurra y afecte negativamente a la consecución de los objetivos (Instituto de Auditores Internos de España, 2013). Al respecto, la administración de riesgos provee las bases para identificar los riesgos, analizarlos, catalogarlos, priorizarlos y desarrollar respuestas que mitiguen su impacto en caso de materialización (Auditoría Superior de la Federación y Secretaría de la Función Pública, 2014).

En este contexto, una entidad fiscalizadora superior que periódicamente alerta sobre los riesgos a los cuales se deben prestar especial atención es la Government Accountability Office, la cual publica, cada dos años, la «lista de alto riesgo», un listado de aquellos programas u operaciones que son de alto riesgo debido a sus vulnerabilidades al fraude, despilfarro, abuso y mala gestión o que necesitan transformarse.

Esta lista, describe el estado de las áreas de alto riesgo, las acciones que aún se necesitan para asegurar un mayor progreso e identifica las nuevas áreas de alto riesgo que requieren de atención por parte del Poder Ejecutivo y el Congreso.

De acuerdo con la Government Accountability Office, las soluciones a problemas de alto riesgo ahorran miles de millones de dólares, mejoran los servicios públicos y fortalecen el desempeño y la responsabilidad del gobierno.

En la nueva edición 2021 de esta lista, se agregó un tema sumamente relevante para estos tiempos: los préstamos de emergencia otorgados a pequeñas empresas ante la pandemia provocada por la COVID-19 (Government Accountability Office, 2021).

Conclusiones y recomendaciones

Como resultado de esta investigación, se identificaron como innovaciones, de cara a pandemia de la COVID-19, todo un conjunto de mejores prácticas sobre las cuales resulta relevante y pertinente reflexionar: en materia de procesos, el desarrollo de revisiones en tiempo real, *ex dure* o concurrentes para fiscalizar oportunamente el uso de los recursos públicos; en cuanto a la incorporación de tecnologías de la información y comunicación, la auditoría remota para poder revisar las intervenciones gubernamentales a distancia, agilizando los procesos de revisión; y en lo que se refiere a la capacitación, la formación a distancia, que fue un asunto obligado en el contexto de confinamiento.

Estas mejores prácticas se constituyen en experiencias internacionales y lecciones aprendidas, por lo que resulta necesario que las entidades fiscalizadoras superiores de la región las conozcan; analicen sus ventajas y beneficios; y valoren la factibilidad de su adopción. Ello, bajo un enfoque de transferencia de políticas públicas, el cual consiste en el proceso por el que los conocimientos acerca de una política, disposiciones administrativas o instituciones se usan en el desarrollo de otra política en otro momento o lugar (Fuentes Rodríguez, 2012).

Dada la relevancia y el valor de este tipo de ejercicios, como parte de esta investigación, se sugiere a la OLACEFS que, tomando como referencia la experiencia de la EUROSAI, realice un mapeo periódico de las innovaciones de las entidades fiscalizadoras superiores que puedan servir a otras para coadyuvar a mejorar su labor de fiscalización.

Cabe señalar que esta investigación se centró en tres aspectos clave del funcionamiento de las entidades fiscalizadoras superiores —procesos, tecnologías y capacitación—. Sin embargo, otros elementos relevantes que se podrían abordar en análisis posteriores son: gestión de recursos humanos, así como diseño y estructura organizacional de las entidades fiscalizadoras superiores, mismas que se constituyen en futuras líneas de investigación.

Como un aspecto adicional, en esta investigación se identificaron otras tendencias internacionales sobre las cuales las entidades fiscalizadoras superiores de la región deberían prestar especial atención, ya que pueden agregar valor a su labor de auditoría: *compliance,* Agenda 2030 y la alerta de riesgos de alto nivel. Sin embargo, hay otras tendencias sobre las cuales vale la pena reflexionar: la auditoría a la cultura, que está impulsando la Canadian Audit and Accountability Foundation; el análisis de los problemas, el progreso y el potencial de los reportes de desempeño promovido por el Controller and Auditor-General of New Zealand; y la incorporación de la participación ciudadana en las auditorías de desempeño practicadas por la Australian National Audit Office, las cuales también se constituyen en futuras líneas de investigación.

Por último, se reitera la importancia, no solo de identificar mejores prácticas, sino de compartir conocimientos y aprendizajes entre las entidades fiscalizadoras superiores, en el marco de la OLACEFS, pues, como se puede observar a lo largo de este documento, hoy más que nunca sigue vigente el lema y la razón de ser de la INTOSAI: «la experiencia mutua beneficia a todos».

Referencias

- Auditoría Superior de la Federación y Secretaría de la Función Pública. (2014). *Marco integrado de control interno.* https://www.asf.gob.mx/uploads/176_Marco_Integrado_de_Control/Marco_Integrado_de_Cont_Int_leyen.pdf
- Auditoría Superior de la Federación. (2020). *Manual alta de usuario del Buzón Digital.* http://amocvies.org.mx/sites/default/files/manual_1_buzon.pdf
- Auditoría Superior de la Federación. (2021). *Tipos y enfoques de auditoría.* https://www.asf.gob.mx/Section/53_Tipos_de_auditorias_desarrolladas
- Colmenares Páramo, D. (2020). A un paso de las auditorías digitales. *El Financiero* https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/david-colmenares-paramo/a-un-paso-de-las-auditorias-digitales/
- Contraloría General de la República de Colombia. (2019). *Más tecnología y mayor participación ciudadana para una gestión pública más eficiente y erradicar la corrupción.* https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1686991/Separata+Oc%C3%A9ano/4f57d770-8f0b-438b-8319-ed4deccb8344
- Contraloría General de la República de Colombia. (2020). *Aplicando el control concomitante y preventivo: Contraloría empezó a vigilar, en tiempo real, medidas de emergencia económica y social para contener COVID-19.*

https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/control-fiscal-micro-proceso-auditor?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=1768534&_101_type=content&_101_urlTitle=aplicando-el-control-concomitante-y-preventivo-contraloria-empezo-a-vigilar-en-tiempo-real-medidas-de-emergencia-economica-y-social-para-contener-covi&inheritRedirect=false

- Contraloría General del Estado de Ecuador. (2020a). *Contraloría audita kits de alimentos en Servicio Nacional de Riesgos. La entidad deberá remitir el análisis de los costos unitarios.* https://www.contraloria.gob.ec/SalaDePrensa/NoticiasPorSectores/23841
- Contraloría General del Estado de Ecuador. (2020b). *Las auditorías a contrataciones de emergencia caracterizaron al 2020.* https://www.contraloria.gob.ec/Portal/Campa%C3%B1as/Gesti%C3%B3n%20CGE
- Contraloría General de la República del Perú. (2021). *El control concurrente: estimando cuantitativamente sus beneficios.* https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2021/Paper_Control_Concurrente_2021_9JUL2021.pdf
- Controller and Auditor-General of New Zealand. (2021). *The Government's preparedness to implement the sustainable development goals.* https://oag.parliament.nz/2021/sdgs/docs/sustainable-dev-goals.pdf
- Drucker, P. F. (2008). *La disciplina de la innovación.* http://www.sela.org/media/3212238/r-la-disciplina-de-la-innovacion.pdf
- Escuela Nacional de Control. (2021). *Formación a distancia de la Escuela Nacional de Control.* https://www.enc.edu.pe/mooc_virtuales
- Fuentes Rodríguez, F. D. (2012). *La transferencia de políticas públicas.* https://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/download/1577/1454/
- Government Accountability Office. (2021). *High Risk List.* https://www.gao.gov/high-risk-list
- Instituto de Auditores Internos de España. (2013). *Control interno. Marco integrado del Committee of Sponsoring Organizations of The Treadway Commission.* https://auditoresinternos.es/uploads/media_items/coso-resumen-ejecutivo.original.pdf
- Instituto Serzedello Corrêa. (2019). *Los objetivos de desarrollo sostenible y las entidades fiscalizadoras superiores.* https://contas.tcu.gov.br/ead/mod/page/view.php?id=32179

- Instituto Serzedello Corrêa. (2021). *Formación a distancia del Instituto Serzedello Corrêa.* https://www.interlegis.leg.br/comunicacao/noticias/2020/inscricoes-abertas-para-o-curso-de-extensao-contas-publicas-no-brasil
- Interlegis. (2020). *Curso de extensión de cuentas públicas en Brasil.* https://www.interlegis.leg.br/comunicacao/noticias/2020/inscricoes-abertas-para-o-curso-de-extensao-contas-publicas-no-brasil
- Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Europa. (2014). *Innovaciones en EUROSAI, volumen II, Intercambio de buenas prácticas entre las entidades fiscalizadoras superiores.* https://www.eurosai.org/handle404?exporturi=/export/sites/eurosai/.content/documents/strategic-plan/goal-team-1/Eurosai-Innovations-II_es.pdf
- Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Europa. (2015). *Sharing good practices among Supreme Audit Institutions.* https://www.nku.gov.sk/documents/10272/1273416/5.+EUROSAI+Innovations+volume+III.pdf/5252d2ef-0ba5-46ac-abc8-02bd8edfbb52
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV).* https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)
- Requena C. & Gómez Márquez, C. (2019). *El* compliance *en el sector público mexicano, un área de oportunidad para garantizar el debido cumplimiento en las entidades y los programas gubernamentales.* https://requena.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/COMPLIANCE_SectorPublico_vF.pdf
- Tribunal de Cuentas de España. (2020). *Informe de fiscalización del grado de implementación de los modelos de prevención de delitos y de comportamientos contrarios a la ética en las sociedades mercantiles estatales.* https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/noticias/El-Tribunal-de-Cuentas-aprueba-el-Informe-de-fiscalizacion-del-grado-de-implementacion-de-los-modelos-de-prevencion-de-delitos-y-de-comportamientos-contrarios-a-la-etica-en-las-sociedades-mercantiles-estatales-en-el-ejercicio-2018/

- Tribunal de Cuentas de la Unión. (2020a). *El procesamiento de la ayuda de emergencia tiene una inclusión y exclusión indebida de personas.* https://portal.tcu.gov.br/es/imprensa/noticias/el-procesamiento-de-la-ayuda-de-emergencia-tiene-una-inclusion-y-exclusion-indebida-de-personas.htm

- Tribunal de Cuentas de la Unión. (2020b). *Supervisión de la Gobernanza del Centro de Gobierno durante el combate a la COVID-19.* file:///D:/eavila/Downloads/REPP%202020%20SUPERVISION%20DE%20LA%20GOBERNANZA%20DEL%20CENTRO%20DE%20GOBIERNO%20DURANTE%20EL%20COMBATE%20A%20LA%20COVID-19%20%20(2).pdf

BOLETÍN JURÍDICO
PRIMER SEMESTRE 2022[1]

I. DICTÁMENES RELEVANTES

Nº	Materia	Submateria	Suma
E205654	Aguas	Agua potable rural	Sobre el alcance de lo dispuesto en el artículo noveno transitorio de la ley Nº 20.998, que regula los servicios sanitarios rurales.
E210030	Aguas	Declaraciones de reducción, prohibición, restricción, agotamiento y escasez	La redistribución de aguas a que alude el artículo 314, inciso tercero, del Código de Aguas, debe disponerse en relación con la totalidad del cauce y de sus usuarios.
E188439	Aguas	Derecho de aprovechamiento de aguas	Municipalidad puede donar fundadamente un derecho de aprovechamiento de aguas reputado como bien mueble, del que es titular, a una comunidad indígena, sin perjuicio de la eventual procedencia de una consulta indígena en la especie.
E193268	Aguas	Obras hidráulicas	La excepción prevista en el artículo 171, inciso tercero, del Código de Aguas, resulta aplicable respecto de obras ejecutadas o financiadas por organismos públicos.
E210589	Aguas	Obras hidráulicas	Las obras aprobadas y autorizadas por la Dirección General de Aguas, que se encuentran en funcionamiento desde antes de la entrada en vigencia del decreto Nº 50, de 2015, del Ministerio de Obras Públicas, no requieren, para continuar operando, que se verifique la recepción y autorización de operación en los términos regulados en ese reglamento, sin perjuicio de lo que se señala.

1 Abarca desde diciembre de 2021 a mayo de 2022.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E204320	Alta dirección pública	Provisión de cargos	El artículo quincuagésimo segundo de la ley Nº 19.882 permite al jefe superior de servicio declarar desierto un proceso de selección, por única vez dentro de un concurso. Si esa prerrogativa ya fue utilizada, una nueva autoridad no puede volver a ejercerla respecto del nuevo certamen que se realice para continuar con ese proceso de selección.
E161852	Ambiente	Reserva de la biósfera La Campana-Peñuelas	Declaración de reserva de la biósfera no establece una protección específica del territorio, pero debe ser considerada para su valoración ambiental. Contenido del dictamen Nº 21.575, de 2019, no permite arribar a la conclusión planteada por el peticionario.
E186786	Bienes públicos	Inmueble ocupado irregularmente	Atiende oficio Nº 83.368, de 2021, del prosecretario de la Cámara de Diputados. Instituto Nacional de Derechos Humanos debe adoptar las medidas que en derecho corresponden para reestablecer su funcionamiento como servicio público en el inmueble que arrienda.
E207418	Bienes públicos	Labores mineras en recinto militar	Denegación del Ministerio de Defensa Nacional a solicitud para ejecutar labores mineras en el área donde se ubica el recinto militar que indica se encuentra debidamente fundada.
E190880	Bienes públicos	Reglamento funcionamiento edificio fiscal	No se advierte ilegalidad en las disposiciones objetadas del reglamento de funcionamiento de edificio fiscal destinado que indica.
E208631	Bienes públicos	Renuncia anticipada de acciones excepcional	Ministerio de Bienes Nacionales podrá incorporar excepcionalmente al contrato de compraventa que indica, la cláusula de renuncia de acciones que detalla.
E189766	Bienes públicos	Terrenos de playa fiscales	No procede la expropiación de terrenos de playa fiscales por un servicio de vivienda y urbanización, pues forman parte del dominio público marítimo del Estado.
E211128	Carabineros de Chile	Asignación de casa	Funcionarios de Carabineros de Chile tendrán derecho a la asignación de casa si acreditan el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa estatutaria. Esa entidad debe adaptar sus instrucciones a lo dispuesto en el presente pronunciamiento.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E191150	Carabineros de Chile	Manual de operaciones y carros lanzagua	Manual de operaciones que indica fue dictado y aprobado conforme al procedimiento establecido en la normativa vigente. Carabineros de Chile debe velar por que los elementos utilizados en los carros lanzagua tengan una estricta finalidad disuasiva y no lesionen a manifestantes.
E204263	Carabineros de Chile	Porte de armas de fuego por mayor en retiro	De acuerdo con lo establecido en el decreto ley Nº 3.356, de 1980, no corresponde otorgar la autorización para portar armas de fuego a quienes tienen el grado de mayor, en situación de retiro, de Carabineros de Chile.
E169263	Centros de formación técnica estatales	Organización y atribuciones	Centros de formación técnica estatales están facultados para contratar personal a honorarios.
E167278	Consejo de Monumentos Nacionales	Organización y atribuciones	Consejo de Monumentos Nacionales tiene atribuciones para establecer exigencias a proyectos sometidos a su evaluación, aun cuando no deban ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental.
E167637	Consejos de la sociedad civil	Organización y atribuciones	Regulación vigente no considera el pago de los gastos en que incurran los integrantes de los consejos previstos en los artículos 74 de la ley Nº 18.575 y 94 de la ley Nº 18.695.
E208180	Contraloría General de la República	Organización y atribuciones	Imparte instrucciones sobre el plebiscito de salida del artículo 142 de la Constitución Política de la República.
E216671	Contratación pública	Adjudicación múltiple	La Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud podrá adjudicar la provisión de un mismo medicamento a más de un proveedor cuando las bases administrativas permitan ofertar por menos de la cantidad requerida.
E180683	Contratación pública	Cobro de garantía de seriedad de la oferta	En la medida que esa garantía tiene por objeto resguardar el fiel cumplimiento de lo adjudicado, en la especie, solo ha podido hacerse efectiva respecto de las tres líneas en que la empresa resultó seleccionada, no pudiendo considerarse aquellas en que sus ofertas fueron desestimadas.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E188454	Contratación pública	Concesiones de obras públicas fiscales	No se advierten reparos que formular respecto de lo obrado por el Ministerio de Obras Públicas en relación con la idea de iniciativa privada del proyecto «Orbital Sur Santiago», por cuanto la tramitación de dicha iniciativa y la aprobación de la respectiva proposición se ajustaron al marco normativo aplicable, en tanto fueron realizadas por el organismo competente, versan sobre una infraestructura que es susceptible de ser ejecutada a través del sistema de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y se consideró al efecto la regulación urbanística aplicable.
E180682	Contratación pública	Consultorías de obras públicas	El cumplimiento del requisito de experiencia en un cargo exigido en las bases de licitación debe obedecer a su desempeño efectivo.
E165561	Contratación pública	Contratos de obras públicas	No procede que la Dirección de Obras Hidráulicas indemnice mayores gastos generales derivados de aumentos de plazo concedidos por circunstancias calificadas como caso fortuito o fuerza mayor.
E198169	Contratación pública	Contratos de obras públicas	Sobre la procedencia de que el Servicio de Salud Araucanía Sur, en el marco del contrato «Normalización Hospital de Villarrica», autorice obras adicionales que excedan el límite del 10 % del valor total del contrato, previsto en los Nºs. 26 y 27 de las bases administrativas tipo que rigen dicho convenio.
E216674	Contratación pública	Contratos de obras públicas	Sobre el pago de partidas globales en los contratos de obra terminados anticipadamente.
E168976	Contratación pública	Convenios marco	Procede incorporar pago del impuesto al valor agregado al precio que se indica.
E165483	Contratación pública	Normativa contable	Las obligaciones derivadas de contratos de emergencia se devengan con la verificación del avance de las obras, aun cuando no se haya tomado razón del acto que aprueba el respectivo convenio.
E191151	Dirección de Vialidad	Organización y atribuciones	No se advierten reparos que formular respecto de lo resuelto por la Dirección de Vialidad, en orden a no acceder a la reapertura de la vía que se indica.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E216692	Dirección de Vialidad	Organización y atribuciones	Compete a la Dirección de Vialidad otorgar las autorizaciones que se indican, para la circulación de vehículos con sobrepeso o sobredimensión.
E180675	Educación	Título profesional	Título de oficial graduado en Investigación Criminalística es equivalente a un título profesional para todos los efectos legales. No procede pago de asignación profesional, dado que aquel título solo cuenta con cuatro semestres de duración y un total de 1.260 horas. Interesado cumple con el requisito de título para que se le designe a contrata asimilado al estamento profesional, pero compete a la autoridad ponderar y resolver dicha designación.
E188055	Emergencia sanitaria	Feriados	Resulta posible suspender el feriado legal del cual ya estaba gozando un funcionario, en atención a las restricciones derivadas del caso fortuito representado por la emergencia sanitaria de COVID-19, con carácter excepcionalísimo y bajo las condiciones que se describen.
E218748	Emergencia sanitaria	Organización y atribuciones	El cierre de las instalaciones instruido por la Superintendencia de Casinos de Juego, como medida para enfrentar la pandemia COVID-19, configura una causal de caso fortuito o fuerza mayor.
E188151	Emergencia sanitaria	Permisos COVID-19	Ministerio de Energía puede establecer criterios o pautas específicas para la aplicación en el sector energético de las instrucciones sobre permisos únicos colectivos, emitidas por los ministerios del sector, en el ámbito de las empresas que desarrollan y operan proyectos en el sector.
E188441	Estatuto general	Declaración de vacancia por salud incompatible	Modificación legal, que introdujo la exigencia de solicitar a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación de los funcionarios con más de seis meses de licencia, no suprimió la facultad de la autoridad para declarar vacante el cargo por salud incompatible si aquel organismo concluye que la salud es recuperable.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E182386	Estatuto general	Incompatibilidades	Labores de inspector técnico de obra que se indican, que realizó una persona contratada a honorarios por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, configuran a su respecto la incompatibilidad del inciso final del artículo 56 de la ley Nº 18.575, por lo que luego de su cese y durante el lapso que señala esa norma, no podía ejercer como profesional residente administrador del contrato de la misma obra en una empresa privada.
E165474	Estatuto general	Personal a contrata	Funcionarios a contrata que desempeñan funciones directivas en virtud de la autorización entregada por las leyes de presupuesto, pueden acceder al pago de la asignación de responsabilidad superior, en la medida que hayan sido efectivamente designados en empleos a contrata grado 4º o superior de la escala única de sueldos, y asimilados a la planta directiva del respectivo servicio, por lo que dicha asignación no corresponde respecto de quienes se encuentren asimilados a la planta profesional.
E189759	Estatuto general	Remuneraciones	Para determinar el valor de un día de remuneración, el mes debe considerarse como una unidad compuesta por 30 días, sin que sea relevante que este tenga 28, 29, 30 o 31 días. Para calcular la remuneración de períodos trabajados inferiores a un mes calendario, debe multiplicarse ese valor diario por la cantidad de días efectivamente trabajados.
E213398	Estatuto general	Responsabilidad administrativa	Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, en cuanto sucesor y continuador legal del Servicio Nacional de Menores, debe proseguir con la tramitación de los sumarios iniciados y no afinados al 30 de septiembre de 2021 por este último, según se indica.
E216678	Estatuto general	Viáticos	Cálculo de los viáticos de las autoridades señaladas en el artículo 4º bis del decreto con fuerza de ley Nº 262, de 1977, debe efectuarse en relación a los grados de la escala única de sueldos indicados en dicha norma, los que no se han visto afectados por la resolución Nº 2, de 2020, de la Dirección Nacional del Servicio Civil.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E173171	Estatuto general y estatuto municipal	Personal a honorarios	Imparte instrucciones respecto de las contrataciones a honorarios en los órganos de la Administración del Estado.
E202200	Estatuto general y estatuto municipal	Personal a honorarios	Nuevas contrataciones a honorarios, esto es, de personas que no tenían un contrato a honorarios vigente al 31 de diciembre de 2021, y que fueron suscritas o se comenzaron a prestar los servicios antes de la emisión del dictamen E173171, de 2022, resultaron procedentes, sin que les sea aplicable este último pronunciamiento.
E216667	Estatuto general y estatuto municipal	Personal a honorarios	Desestima solicitud de reconsideración del dictamen E173171, de 2022, que impartió instrucciones para las contrataciones a honorarios en los órganos de la Administración del Estado.
E183242	Estatuto municipal	Bonificaciones de retiro	La remuneración que debe servir como base de cálculo de la bonificación por retiro voluntario establecida en la ley Nº 21.135, es la correspondiente al cargo por el cual se accede a dicho beneficio.
E211126	Estatuto municipal	Bonificaciones de retiro	Plazo extraordinario para postular a los beneficios que indica el artículo 55 de la ley Nº 21.405 es aplicable a todos los funcionarios municipales que cumplan los requisitos.
E180676	Estatutos especiales	Asistentes de la educación	Corresponde que el Ministerio de Educación regularice la situación de las funcionarias por las que se consulta y les reconozca el derecho a la bonificación establecida en la ley Nº 20.964, en la medida que reúnan las demás condiciones para ello.
E185424	Estatutos especiales	Asistentes de la educación	Asistentes de la educación de los establecimientos que indica tienen derecho a la asignación de experiencia, a contar del momento en que los planteles de enseñanza municipales ubicados en su territorio sean traspasados a un servicio local de educación pública.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E191181	Estatutos especiales	Asistentes de la educación	Procede el otorgamiento de los bonos de escolaridad y adicional a que se refieren los artículos 13 y 14 de la ley Nº 21.306, respecto de quien se encuentra al cuidado de un hijastro por el que percibe asignación familiar.
E188828	Estatutos especiales	Bonificaciones de retiro	Servicio local de educación pública no puede poner término a la relación laboral de docente que antes del traspaso pertenecía a una corporación municipal y, en esa condición solicitó acogerse a bonificación por retiro, obteniendo luego su jubilación.
E186797	Estatutos especiales	Código del Trabajo	La asignación de zona regulada por el artículo 7º del decreto ley Nº 249, de 1973, no es aplicable a los trabajadores de la Defensoría de los Derechos de la Niñez.
E187634	Estatutos especiales	Percepción de dietas	Directores de sociedad filial de la Empresa Nacional de Aeronáutica que, a la vez, trabajen en esta última contratados bajo las normas del Código del Trabajo, podrán percibir dieta por su participación en la primera en la medida que se verifiquen las condiciones que se indican.
E174381	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	Profesionales funcionarios que incurren en la pérdida de un requisito de la asignación de responsabilidad o que son objeto de una medida disciplinaria, cesan en el goce de aquel estipendio sin que sea necesario que se emita un acto que declare dicho cese, según se indica.
E216676	Estatutos especiales	Profesionales funcionarios	Se deben asignar, a los profesionales funcionarios que deben cumplir su período de desempeño obligatorio, labores preferentemente relacionadas con la especialidad adquirida.
E169265	Extranjería	Expulsión extranjeros/ medidas de seguridad y sanitarias	De acuerdo con la normativa aplicable, si bien fueron procedentes las medidas de seguridad adoptadas por la autoridad durante las expulsiones del territorio nacional de los extranjeros que se indica, no se aprecian fundamentos para la medida sanitaria impuesta en la especie.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E177073	Extranjería	Organización y atribuciones	Servicio Exterior puede exigir la declaración jurada prevista en el artículo 15, letra d), del decreto Nº 597, de 1984, del Ministerio del Interior, sin que ello implique restringir las garantías constitucionales. No procede la expulsión de extranjeros por razones políticas sin acreditación objetiva de las circunstancias.
E202563	Extranjería	Permiso temporal y admisibilidad de solicitud de regularización	Atiende oficio Nº 77.360, de 2021, del prosecretario de la Cámara de Diputados. No procede condicionar el permiso temporal previsto en el artículo octavo transitorio de la ley Nº 21.325 a una etapa de admisibilidad de la solicitud de regularización. No se advierte afectación de los derechos adquiridos por extranjeros, en los términos indicados.
E183337	Facultades de Contraloría	Normativa contable	No se autoriza eliminación de documentos, mientras no se cumpla con los requisitos normativos que rigen la materia.
E207414	Finanzas públicas	Becas	No procede que la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo autorice a la becaria que indica para ausentarse del país por motivos académicos. Excepción del artículo 14, literal x, del decreto Nº 335, de 2010, del Ministerio de Educación, se aplica a los becarios que reciben el beneficio de cotutela en el extranjero.
E177069	Finanzas públicas	Fondo de Apoyo Regional	No se advierte un actuar irregular de los organismos públicos que señala.
E190885	Finanzas públicas	Normativa contable	El contrato de préstamo para el programa de exportación de servicios globales permite la implementación del sistema de pago centralizado, en la medida que se obtenga la conformidad del Banco Interamericano de Desarrollo.
E161849	Finanzas públicas	Rendición de cuentas	El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Servicio Nacional de Menores deberán ajustar sus actos y actuaciones a lo dispuesto en este pronunciamiento.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E190638	Finanzas públicas	Rendición de cuentas	No se advierte inconveniente en que la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales pondere revisar rendiciones de gastos que efectivamente se hubieren efectuado y pagado, aunque se rindan fuera del plazo contractual establecido.
E208637	Finanzas públicas	Rendición de cuentas	Los actos administrativos de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales que se indican, respecto de rechazos de gastos efectuados por la Corporación Cultural de la Cámara Chilena de la Construcción, en el marco del convenio de transferencia para la ejecución del proyecto APEC Chile 2019, se encuentran fundados.
E169711	Finanzas públicas	Subvención escolar en pandemia del COVID-19	Se ajustó a derecho el rechazo de la subvención escolar por los meses que indica.
E219157	Finanzas públicas	Transferencias a personas o entidades del sector privado	En las adquisiciones y contrataciones que efectúen, las entidades operadoras prestadoras de servicios de los establecimientos de larga estadía para adultos mayores, deben atender al interés general, dando cumplimiento a los principios de eficiencia y eficacia.
E212998	Finanzas públicas	Traspaso del servicio educacional	Sobre mecanismo de traspaso de los saldos de recursos financieros del área de educación de las municipalidades y corporaciones municipales a los servicios locales de educación pública.
E163152	Finanzas públicas	Tratamiento contable recursos públicos	Los fondos que la Fuerza Aérea de Chile administra para el desarrollo de la FIDAE constituyen recursos públicos que deben constar en su presupuesto.
E205653	Fuerzas Armadas	Asociación de funcionarios de personal a contrata	No procede que el personal a contrata de la Fuerza Aérea de Chile constituya una asociación de funcionarios, de acuerdo con lo indicado.
E184302	Ley de Alcoholes	Expendio de bebidas alcohólicas	La prohibición contenida en el inciso primero del artículo 29 de la ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas se aplica al ingreso de los menores de edad a cabarés, cantinas, bares, tabernas y discotecas, sin extenderse a las demás clasificaciones enumeradas en el artículo 3º de la misma norma.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E189769	Ley de Transparencia	Reserva de identidad	Causales que autorizan la reserva o secreto previstas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia no permiten acoger la solicitud de reserva de identidad formulada por un interesado en un procedimiento administrativo.
E189795	Ministerio de Agricultura	Organización y atribuciones	Representa decreto Nº 7, de 2021, del Ministerio de Agricultura, que modifica el decreto Nº 239, de 1993, del Ministerio de Agricultura, que aprueba reglamento general del sistema obligatorio de clasificación de ganado, tipificación, marca y comercialización de carne bovina.
E189756	Ministerio de Hacienda	Liquidación de fondos CAAP	Ministerio de Hacienda cumplió la obligación del artículo 3º de la ley Nº 18.900. No se reúnen los requisitos legales para que el fisco asuma las obligaciones que se indican.
E207416	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Organización y atribuciones	Procede que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos exija a los cuerpos de bomberos las auditorías que contempla el artículo 557-1, inciso segundo, del Código Civil.
E189914	Municipal	Compra ágil	La orden de compra es el instrumento mediante el cual se autorizan los tratos directos celebrados a través de la modalidad de contratación denominada compra ágil.
E177061	Municipal	Concejales	Municipios deberán pagar, en el mes de enero de 2022 y de forma proporcional, de conformidad con las reglas que se indican, la asignación anual a que se refiere el artículo 88, inciso sexto, de la ley Nº 18.695, a los concejales que cumplan con los requisitos establecidos en la ley.
E218749	Municipal	Licencias de conducir	No basta con exhibir un documento apostillado para acreditar que se posee el nivel de estudios exigido para obtener licencia de conductor, ya que los directores de tránsito no poseen atribuciones para interpretar los diplomas o certificados que presenta una persona que ha realizado sus estudios en el extranjero. Para ello se debe efectuar su reconocimiento de acuerdo con las reglas generales. Confirma dictámenes que indica.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E179234	Municipal	Organización y atribuciones municipales	El legislador no ha autorizado a las municipalidades para vender o distribuir gas a sus vecinos, lo que tampoco resulta posible a través de corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales.
E210590	Municipal	Organización y atribuciones municipales	Las municipalidades no pueden vender o distribuir gas a sus vecinos sin una ley que los autorice. No se advierte inconveniente en que la entrega de ese producto se realice al amparo de un programa de asistencia social, de conformidad con las reglas generales.
E179965	Municipal	Patente comercial	No procede la distribución del pago de la patente comercial sobre la base de criterios distintos a los fijados en el reglamento.
E216669	Municipal	Patente de alcoholes	Para que proceda la renovación de una patente de alcoholes, es necesario que el contribuyente presente dentro de plazo la totalidad de los antecedentes requeridos.
E216680	Municipal	Patente municipal	La vigencia de las patentes provisorias fue prorrogada por el artículo 3º de la ley Nº 21.353.
E179237	Municipal	Planta de personal	El ejercicio de la facultad referida en los artículos 49 bis y 49 quáter de la ley Nº 18.695, consiste en la dictación de un acto administrativo, el reglamento municipal, cumpliendo los requisitos que la ley establece para ello.
E204261	Municipal	Rentas municipales	Las universidades del Estado se encuentran obligadas al pago de los derechos municipales individualizados en el artículo 130 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
E203840	Presidente de la República	Constitución de persona jurídica	Amplitud del artículo 47 de la ley Nº 21.050 posibilitó que el Presidente de la República designara, mediante decreto Nº 164, de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, a las autoridades que ese acto indica, a fin de que participaran en su representación, en la formación y constitución de una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, con el objeto que se señala.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E172354	Probidad administrativa	Autoridades de gobierno	Atiende oficios Nºs. 82.913 y 82.918, ambos de 2021, del prosecretario accidental de la Cámara de Diputados. El ministro de Educación infringió el principio de prescindencia política por las declaraciones efectuadas al medio periodístico que indica.
E179236	Profesionales funcionarios	Convención Constitucional	Lapso en que profesional funcionaria ejerce como convencional constituyente, haciendo uso del permiso sin goce de remuneraciones previsto en el artículo 134 de la Constitución Política, no puede computarse para dar cumplimiento a su período asistencial obligatorio.
E179341	Protección del consumidor	Organización y atribuciones	Atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor en el procedimiento voluntario de protección del interés colectivo o difuso ley Nº 19.496.
E190589	Remuneraciones	Asignaciones	La asignación del inciso final del artículo 42 de la ley Nº 19.378 debe pagarse de manera proporcional a la jornada de trabajo contratada.
E186789	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Reconsidera oficio E110645, de 2021, de la Contraloría Regional de Arica y Parinacota, en el sentido de establecer que procede el otorgamiento del bono previsto en la ley Nº 20.996 a exfuncionaria de la Universidad de Tarapacá que terminó sus servicios entre la data de publicación de esa ley y el día anterior a la entrada en vigencia de su reglamento, habiendo cumplido con los requisitos de edad y fecha de cese exigidos al efecto y que, además, solicitó el beneficio dentro del primer plazo de postulación.
E204260	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Monto máximo de la indemnización que regula el artículo 84 de la ley Nº 21.306 debe ser calculado en una suma equivalente a seis meses de remuneraciones.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E204325	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	Funcionarios mayores de 70 años, que se encuentran adscritos a algunos de los regímenes administrados por el Instituto de Previsión Social, no pueden acceder a la bonificación adicional de la ley Nº 20.948, pero sí al beneficio por retiro voluntario del título II de la ley Nº 19.882, sin la disminución de meses a que se refiere el artículo noveno de este último texto legal.
E217360	Remuneraciones	Bonificaciones de retiro	El artículo 55 de la ley Nº 21.405 también concede a los beneficiarios de la ley Nº 20.948 la oportunidad de acceder al bono de la ley Nº 19.882, toda vez que la percepción de este último constituye un requisito para obtener ese incentivo al retiro. Plazo especial de postulación a dichos estipendios vence el 31 de mayo de 2022, correspondiéndoles a los interesados cesar sus servicios dentro del mes siguiente a aquel en que se les notifique su derecho a acceder a aquellos.
E208158	Salud	Beneficio de descanso reparatorio	Continuidad en el desempeño de funciones, exigida por el artículo 2º de la ley Nº 21.409 para acceder al beneficio de descanso reparatorio, no se ve interrumpida por el uso de licencias médicas, permisos administrativos y feriado.
E172272	Salud	Organización y atribuciones	Sobre obligatoriedad de vacunación contra determinadas enfermedades.
E189775	Sectores regulados	Transportes	Resultó procedente la instrucción de la Subsecretaría de Transportes impartida a los operadores recurrentes, de prestar sus servicios de transporte público de pasajeros de forma gratuita para la votación popular que se indica.
E212097	Seguridad privada	Citaciones y avisos de infracciones por Carabineros de Chile	Modalidad adoptada por Carabineros de Chile en las citaciones y avisos efectuados en relación con infracciones al decreto ley Nº 3.607, de 1981, se ajusta a la normativa aplicable.
E212096	Seguridad privada	Renovación de autorización	Solicitud de renovación de autorización en materia de seguridad privada debe ajustarse a lo previsto en el decreto exento Nº 261, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Diploma por el que se consulta no posee el carácter de título profesional.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E197875	Seguridad social	Beneficio de sala cuna	A contar del mes de abril de 2022, el beneficio de sala cuna debe otorgarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del Código del Trabajo. Madres con hijos menores de dos años pueden acceder a teletrabajo o trabajo remoto que regula el artículo 206 bis de ese código, en las hipótesis que prevé esa norma. Se confirma dictamen E159334, de 2021.
E207411	Seguridad social	Bonificaciones de retiro	Sucesión de exfuncionario fallecido no tiene derecho al beneficio por retiro de la ley Nº 19.882, toda vez que esa causal de cese de servicios es distinta de aquella exigida por el referido texto legal. Herederos pueden acceder al bono adicional de la ley Nº 20.948 por estar dispuesto como una prerrogativa expresa, sin que sea exigible el cumplimiento de requisitos adicionales de cese de servicios y edad, por tratarse de condiciones imposibles de verificar.
E186785	Seguridad social	Crianza protegida	En el cálculo de los emolumentos que se percibirán con posterioridad al permiso sin goce de remuneraciones previsto en el inciso décimo segundo del artículo 4º de la ley Nº 21.247, deben considerarse las rentas o remuneraciones que les hubiese correspondido recibir a los trabajadores que accedieron al bono durante el lapso de extensión del beneficio.
E205657	Seguridad social	Crianza protegida	Bono mensual que el artículo 4º de la ley Nº 21.247 confiere a los asistentes de la educación dependientes de los servicios locales debe financiarse por la vía del subtítulo 21 de sus respectivos presupuestos.
E212744	Seguridad social	Crianza protegida	Beneficio regulado en el inciso décimo primero del artículo 4º de la ley Nº 21.247 no tiene carácter de licencia médica y, por tanto, los servidores a honorarios que hagan uso de esa prerrogativa tienen derecho a percibir el bono que la norma contempla, sin acceder al pago de la diferencia entre este y sus honorarios pactados.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E213412	Seguridad social	Crianza protegida	Funcionarios públicos que se acogen a la licencia médica preventiva parental regulada en el artículo 1º de la ley Nº 21.247, crianza protegida, tienen derecho a recibir el mismo monto de remuneraciones que percibían mientras hacían uso del permiso posnatal parental.
E184301	Seguridad social	Derecho para alimentar a hijo menor	Funcionarias que se desempeñan en un turno o jornada de doce horas diarias tendrán derecho a una hora y treinta minutos para ejercer el derecho de alimentación del hijo o hija menor de dos años previsto en el artículo 206 del Código del Trabajo.
E197874	Seguridad social	Fuero maternal	Recurrentes están amparadas por el fuero maternal, por lo que el Servicio Electoral debe reincorporarlas, sin perjuicio de que requiera y obtenga el respectivo desafuero en atención a que se trata de contrataciones a plazo, en cuyo caso deberá estar a lo que resuelva la instancia judicial.
E191154	Seguridad social	Protección a la maternidad	Atiende oficio Nº 823, de 2021, del Senado. Funcionarios de la JUNJI que hacen uso del permiso posnatal parental tienen derecho a seguir percibiendo la asignación por ejercicio efectivo de la función de dirección de jardín infantil y de supervisión en dicha institución.
E186958	Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño y Servicio de Evaluación Ambiental	Organización y atribuciones	La Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño y el Servicio de Evaluación Ambiental pueden interactuar en relación con la tramitación de la evaluación ambiental de determinados proyectos, en el ámbito de sus respectivas competencias. Publicación de dicha subsecretaría de listado de proyectos de inversión que indica no compromete la legalidad de la evaluación ambiental de los mismos. Convenios de transferencia de recursos de esa subsecretaría a tal servicio no pueden implicar que aquella intervenga en funciones propias de este.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E188153	Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño y Servicio de Evaluación Ambiental	Organización y atribuciones	Convenios de transferencia de recursos de la Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño al Servicio de Evaluación Ambiental no pueden implicar que aquella intervenga en funciones propias de este último.
E202203	Superintendencia de Casinos de Juego	Autorización casinos de juego	Corresponde a los respectivos gobernadores regionales integrar el consejo resolutivo de la Superintendencia de Casinos de Juego que establece el artículo 38 de la ley Nº 19.995.
E205671	Superintendencia de Educación	Tramitación de denuncias	Desestima solicitud de reconsideración del dictamen E40322, de 2020, por las razones que indica. Decisión de admitir a trámite denuncias debe considerar tanto su plausibilidad como la relevancia del hecho denunciado, considerando los recursos con que cuenta el servicio y los requerimientos que se le presenten.
E190586	Subvención escolar	Gastos improcedentes	No corresponde que se financie la compra de alimentos con cargo a la subvención anual educacional prorretención de alumnos.
E167902	Teletrabajo	Calificaciones	Autoridad está facultada para adaptar sus procesos calificatorios y hacerlos conciliables con el trabajo a distancia. Posibilidad de no efectuar un proceso calificatorio anual y repetir las notas de la evaluación anterior es excepcional y debe fundarse en los criterios contenidos en el presente oficio.
E174384	Teletrabajo	Horas extraordinarias	El personal de la Dirección de Compras y Contratación Pública que ejecuta sus labores de forma remota puede, excepcionalmente, ser compensado por los trabajos extraordinarios que realice con motivo de la operación y administración del sistema que indica.
E202202	Teletrabajo	Horas extraordinarias	Corresponde a la jefatura superior de cada servicio consultar si procede que su personal sea compensado por los trabajos extraordinarios y turnos que ejecuten remotamente, acreditando las circunstancias que ameritarían el otorgamiento de dicha autorización excepcional.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E177724	Teletrabajo	Organización y atribuciones	Modalidad de trabajo remoto contemplada en el artículo 206 bis del Código del Trabajo, con ocasión de un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, o alerta sanitaria, resulta aplicable a los funcionarios públicos que allí se indica.
E189764	Teletrabajo	Organización y atribuciones	Modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, incorporada por la ley Nº 21.220, no es aplicable a la Administración del Estado.
E190919	Universidades	Estatutos y educación	La Universidad de Chile continuará rigiéndose por sus actuales estatutos y no requerirá adecuarlos a lo dispuesto en el título II de la ley Nº 21.094, en tanto proponga el mecanismo institucional permanente que exige el inciso segundo del artículo primero transitorio de esa preceptiva, dentro del plazo previsto para ello.
E163205	Universidades	Organización y atribuciones	El artículo segundo transitorio de la ley Nº 21.094 no confiere un carácter vinculante a la participación de la comunidad universitaria en el proceso de adecuación de estatutos, para definir la propuesta a presentar al presidente de la república.
E183964	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	No se advierte reproche que formular sobre la circular Nº 224, de 2010 (DDU específica Nº 13), de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en relación con la exigencia de resistencia al fuego aplicable a muros o quiebra vistas ubicados en terrazas que tienen la calidad de bienes de dominio común.
E190915	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	DDU Nº 429 se ajustó al dictamen Nº 3.610, de 2020, de esta Contraloría General. No así la modificación dispuesta por las DDU Nºs. 436 y 445, por cuanto inhibe a las jefaturas de la prerrogativa para decidir sobre la suspensión de los plazos que se indican en atención a la situación de caso fortuito generada por la pandemia de COVID-19. El plazo fijado para ejecutar las medidas de mitigación vial es uno de aquellos que rige a los particulares.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E213407	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	Las secretarías regionales ministeriales de Vivienda y Urbanismo y de Transportes y Telecomunicaciones son los órganos competentes para elaborar los planes de inversión en infraestructura de movilidad y espacio público asociados a planes reguladores metropolitanos o intercomunales.
E216681	Urbanismo	Atribuciones y funciones de la Administración en la materia	No se ajustó a derecho la decisión de la Dirección de Obras Municipales de Vitacura de omitir el tiempo en que la recurrente sirvió a honorarios para efectos de certificar su participación como revisora de proyectos de obras de edificación.
E180681	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	Las construcciones en el primer subterráneo no pueden superar un 70 % de ocupación de suelo o el porcentaje mayor que fije el respectivo instrumento de planificación territorial.
E187635	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	El inciso octavo del artículo 38 del Plan Regulador Comunal de Las Condes se ajusta a derecho, en los términos que se indican, al establecer un incentivo acorde con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
E209134	Urbanismo	Instrumentos de planificación territorial	La ley Nº 21.078 no es aplicable al procedimiento de aprobación del Plan Regulador Comunal de Pudahuel. Igualmente, no corresponde exigir en aquel el informe del artículo 53 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. El instrumento de planificación territorial en estudio no contraviene el Plan Regulador Metropolitano de Santiago en los aspectos relativos a las vías que se indican. Se constatan infracciones en relación con el carácter reglado de su tramitación.
E190888	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	Atiende el oficio de la Comisión de Vivienda y Urbanismo del Senado, respecto al criterio aplicado en el dictamen Nº 52.351, de 2015, de este origen, en relación con el artículo 50 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E190918	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	El plazo de dos años señalado en artículo 53 de la ley Nº 19.880, tratándose de la emisión de permisos de edificación, no debe contarse a partir del cumplimiento de la obligación de publicidad prevista en el artículo 116 bis C de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
E202558	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	El oficio circular Nº 332, de 2017 (DDU 371), de la División de Desarrollo Urbano, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, se ajusta a derecho al indicar la exigencia de enfrentar un bien nacional de uso público en los permisos de urbanización.
E210588	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	Las construcciones que cumplan las características de infraestructura sanitaria para agua potable rural ejecutadas por la Dirección de Obras Hidráulicas están exentas de permiso de edificación.
E219182	Urbanismo	Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones	No se advierte reproche que formular al oficio circular Nº 332, de 2017 (DDU Nº 371) de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, al señalar que la normativa vigente de urbanismo y construcciones no contempla las «urbanizaciones voluntarias».
E189753	Urbanismo	Permisos de construcción	El artículo 40 de la ley Nº 21.094 no exime a las universidades estatales del pago por los conceptos de derechos municipales y de aportes al espacio público, contemplados en los artículos 130 y 175, respectivamente, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
E167280	Vivienda	Instrumentos de planificación territorial	No se advierte reproche que formular sobre el rechazo efectuado por la Dirección de Obras Municipales de Peñalolén a la solicitud de anteproyecto que se anota, dado que el proyecto de la especie no se ajusta al uso de suelo previsto para el área en que se emplaza.

Nº	Materia	Submateria	Suma
E166011	Vivienda	Subsidios	Al certificado de subsidio habitacional, otorgado conforme al reglamento del sistema integrado de subsidio habitacional, del llamado que se indica, le resulta aplicable el inciso tercero de su artículo 36, incorporado por el decreto Nº 8, de 2019, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que permite solicitar por una sola vez un nuevo plazo de vigencia del certificado de hasta 180 días.
E189788	Vivienda	Subsidios	No se ajustó a derecho el descuento efectuado por el Servicio de Vivienda y Urbanización de la región del Biobío en el pago de subsidios habitacionales en el caso que se señala.

II. PRINCIPALES DICTÁMENES QUE ALTERAN JURISPRUDENCIA

Nº	Suma	Dictámenes alterados
E161091	Municipio se encuentra facultado para adquirir los elementos de seguridad que indica, en el contexto de las funciones colaborativas que detalla.	Aclara dictamen Nº 2.659, de 2021.
E170195	Facultad de la autoridad de fijar el descanso complementario del personal que se desempeña en sistema de turnos, conforme con el artículo 70 de la ley Nº 18.834, tiene por finalidad resguardar la servicialidad y continuidad de la función pública. Ratifica y complementa dictamen E31339, de 2020, de este origen.	Complementa dictamen E31339, de 2020.
E179951	Antecedentes generados con motivo de una orden del Ministerio Público, en el marco de una investigación penal, son reservados para los terceros ajenos a la misma. Instituto Nacional de Derechos Humanos puede solicitarlos de acuerdo con las normas procesales penales correspondientes. Complementa dictamen Nº 4.558, de 2019.	Complementa dictamen Nº 4.558, de 2019.

Nº	Suma	Dictámenes alterados
E185425	Bonos previstos en los artículos 29 y 59 de la ley Nº 20.883, corresponden a los asistentes de la educación que se desempeñan en jardines infantiles administrados por los municipios vía transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Esos bonos no les corresponden a aquellos profesionales de la educación regidos por el título VI de la ley Nº 19.070.	Complementa dictamen Nº 12.472, de 2019.
E188148	Compete a las autoridades fiscalizadoras la ejecución de las funciones que se indican en materia de control de armas, sin perjuicio de las labores de apoyo y coordinación que desarrolle la Dirección General de Movilización Nacional, en cuanto a la atención de público. Compleméntase el dictamen E73928, de 2021.	Complementa el dictamen E73928, de 2021.
E188830	Procede aplicar las normas sobre supresión de horas docentes cuando la reducción de la carga horaria o el cese del docente sean concordante con una adecuación del PADEM. En caso contrario, corresponde emplear los criterios sobre confianza legítima relativos a los profesionales de la educación de los establecimientos educacionales en calidad de contratados.	Complementa dictámenes Nºs. 37.403, de 2017, y E49773, de 2020, ambos de esta procedencia.
E189762	Complementa el dictamen Nº 26.879, de 1999, de este origen, autorizando, en la situación que indica, el tratamiento extrapresupuestario de recursos derivados del cobro de garantías.	Complementa dictamen Nº 26.879, de 1999.
E189794	Durante el año 2022, las personas contratadas a honorarios a la época de emitirse el dictamen E173171, de 2022, bajo el criterio que fue sustituido por este, y cuyos convenios terminen anticipadamente por cualquier causa, pueden ser reemplazadas con nuevas contrataciones en esa misma calidad.	Complementa dictamen E173171, de 2022.
E203177	Comité de selección para designar al jefe de la unidad de control de los gobiernos regionales deberá integrarse por un representante del consejo regional respectivo. Complementa los dictámenes Nºs. 21.159, de 2019, y E119.648, de 2021, ambos de este origen.	Complementa dictámenes Nºs. 21.159, de 2019, y E119.648, de 2021.

Nº	Suma	Dictámenes alterados
E204328	La medida disciplinaria de destitución por infringir gravemente el principio de probidad administrativa impide el ingreso a la Administración, tanto bajo el régimen del Código del Trabajo y del Estatuto Docente, como a través de un contrato a honorarios, durante el término de cinco años.	Complementa dictámenes Nºs. 41.505, 50.418 y 50.421, todos de 2014. Reconsidera parcialmente dictámenes Nºs. 30.523, de 2006, 4.592, de 2007, 58.851, de 2008, 9.957, de 2010, 11.813, 33.086, 37.831, 37.587, 40.050 y 50.392, todos de 2014, 76.907, de 2015, 30.717, de 2019, y toda otra jurisprudencia en contrario.
E208020	El tiempo que debe considerarse para otorgar el sueldo superior regulado en el artículo 182 del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, es aquel válido para el retiro, con independencia del tiempo transcurrido desde los ascensos de los empleados. Se reconsidera, en lo pertinente, el dictamen E46197, de 2020.	Reconsidera parcialmente dictamen E46197, de 2020.
E209984	Toma conocimiento de presentación de la Municipalidad de Cisnes informando situación judicial relacionada al dictamen E74506, de 2021.	Reconsidera dictamen E74506, de 2021.
E212763	Nuevo criterio contenido en el dictamen E173171, de 2022, se aplica también a aquellos contratos a honorarios que se pagan con cargo al subtítulo 24, del programa presupuestario para el funcionamiento permanente del servicio, según se indica.	Aclara dictamen E173171, de 2022.
E213401	Personal de las Fuerzas Armadas tiene derecho a seguir percibiendo la asignación de zona en caso de comisiones de servicio dispuestas por un período de hasta seis meses. Reconsidera, en lo pertinente, la jurisprudencia contraria.	Reconsidérese, en lo pertinente, toda jurisprudencia contraria al presente pronunciamiento.
E216690	Para el cobro de un bono de reconocimiento de la ley Nº 18.458, de titularidad de un afiliado fallecido, la respectiva administradora de fondos de pensiones debe acreditar la existencia de asignatarios de pensión de sobrevivencia o de herederos del mismo, en cuya representación efectúe la liquidación respectiva.	Aclara dictamen Nº 10.295, de 2020.
E216691	Recurrente tiene derecho a acceder a la bonificación adicional de la ley Nº 21.043, no obstante haber percibido previamente el beneficio contemplado en la ley Nº 20.986, pues ambos beneficios resultan compatibles entre sí. Reconsidera parcialmente el dictamen Nº 2.070, de 2019, de este origen.	Reconsidera parcialmente dictamen Nº 2.070, de 2019.

BOLETÍN FINANCIERO-CONTABLE PRIMER SEMESTRE 2022[1]

I. NORMATIVA, PROCEDIMIENTOS E INSTRUCCIONES

Documento	Sector	Materia	Resumen
Resolución exenta Nº 472	Educación superior	Normativa contable	Aprueba modificaciones a la normativa contable para las instituciones de educación superior del Estado, de la Contraloría General de la República y de la Superintendencia de Educación Superior.
Oficio Nº 845	Educación superior	Plan y diccionario de cuentas	Aprueba nuevo plan de cuentas y emite diccionario de cuentas para las instituciones de educación superior del Estado.
Resolución Nº 5	Normas educación superior, empresas y otras entidades	Normativa	Aprueba la normativa contable relativa al Fondo Rotativo de Abastecimiento de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile (FORA). En ella se dispone que el FORA debe ajustarse a lo establecido en la resolución Nº 16 y al oficio Nº 96.016, ambos de 2015, de la Contraloría General, con excepción de los temas específicos contenidos en la normativa contable aplicable.
E220694	Municipal	Complementa plan de cuentas y Manual de procedimientos contables para el sector municipal	Se incorporan las cuentas contables 1619902 «aplicación a gastos de proyectos» y 57102 «costos de proyectos» al plan de cuentas y se crea el procedimiento contable K-05 «inversiones asociadas a proyectos que no terminan en la formación de bienes institucionales o bienes nacionales de uso público».

1 Abarca desde diciembre de 2021 a mayo de 2022. Con excepción del dictamen de 2021 que se marca expresamente, todos los demás son de 2022.

II. DICTÁMENES Y OFICIOS CONTABLES RELEVANTES

Documento	Sector	Materia	Resumen
E180369	Público	Concesiones	Aprueba metodología para la contabilización del Aeropuerto Presidente Carlos Ibáñez del Campo.
E186962	Público	Proyectos de inversión	Señala procedimiento para el registro de retenciones en estados de pago de obras públicas.
E187993	Municipal	Tratamiento contable de proyectos de inversión ejecutados con recursos del Programa de Mejoramiento Urbano y del Programa de Mejoramiento de Barrios	Se establece procedimiento de registro de los recursos del Programa Mejoramiento Urbano y del Programa Mejoramiento de Barrios que los municipios reciben de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo quedando pendiente la determinación de la cuenta y del procedimiento contable específico que reconozca los costos de las asignaciones establecidas en el ítem 02 «proyectos».
E188769	Municipal	Bienes que se encuentran en bienes nacionales de uso público	El mobiliario dispuesto en bienes nacionales de uso público o que se adquiere como parte de una iniciativa de inversión ha sido definido por la normativa contable como «otros activos», en la cuenta 18103 «mobiliario de uso público». Considerando que está bajo control municipal y que se espera que la municipalidad lo utilice por más de un período contable, su reconocimiento y valorización debe efectuarse bajo la norma de «bienes de uso». Aquellos activos que no cumplen copulativamente con todas las condiciones para su reconocimiento se deberán registrar como gasto patrimonial del período. Esta entidad de control creará los conceptos 1619902 «aplicación a gastos de proyectos» y 57102 «costos de proyectos» para el registro de un proyecto de inversión que no termina con la formación de activos relacionados con bienes nacionales de uso público de control municipal.

Documento	Sector	Materia	Resumen
E194519	Municipal	Revalorización de bienes registrados a $1 y cambio en los años de vida útil de un activo	La municipalidad deberá evaluar si tiene bienes inmuebles o equipo especializado registrados que cumplan con las condiciones estipuladas en el oficio E12203, de 2020, instructivo de primera adopción. La vida útil de un activo debe ser evaluada al término de cada ejercicio y, en caso de que esta se modifique, se deberá aplicar la norma de estimaciones contables, contenida en la resolución Nº 3, de 2020, de la Contraloría General de la República.
E183810	Público	Licencias médicas	Las diferencias entre el monto devengado y el percibido por subsidios de incapacidad laboral generadas por errores del servicio o montos incorrectos registrados en la cuenta 21414 se regularizarán bajo la norma de errores de la resolución Nº 16, de 2015, de la Contraloría General de la República. Si el error es de la entidad pagadora, el servicio debe efectuar la cobranza o la devolución respectiva.
E184002	Público	Licencias médicas y bienes de uso	Los subsidios de incapacidad laboral no contabilizados en años anteriores se deben regularizar mediante ajuste a la apertura, reconociendo el derecho en la cuenta 12192 para posteriormente traspasarlo a la cuenta 11512. Se debe analizar la cuenta con el fin de diferenciar los montos vigentes, de aquellos que deben ser traspasados a cobranza judicial o que deben registrar su deterioro o castigo. Los bienes de uso recibidos en destinación en períodos anteriores se deben incorporar en un ajuste a la apertura con efecto en patrimonio institucional.
E186275	Público	Derechos de aguas	Los derechos de aguas deben ser reconocidos como activos intangibles, no sujetos a amortización.
E186738	Público	Estados financieros consolidados	La Subsecretaría de Educación Parvularia debe —o puede— emitir y publicar estados financieros consolidados con Fundación Integra, adicionalmente a sus estados financieros separados.

Documento	Sector	Materia	Resumen
E188649	Público	Apertura de servicio público	Una entidad contable que inicia sus operaciones debe reconocer en la contabilidad los bienes y derechos que sean de su control, con efecto en la cuenta 31101 «patrimonio institucional».
E167785, de 2021	Municipal	Valorización posterior de bienes inmuebles	Las propiedades de inversión se medirán a valor razonable en cada fecha de presentación, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 11, de la norma de propiedades de inversión, mientras que la valorización posterior de los bienes en comodato y bienes de uso público se realizará sobre la base del modelo del costo, de acuerdo con lo consignado en el párrafo 22, de la norma de bienes de uso, ambas contenidas en la resolución Nº 3, de 2020, de la Contraloría General de la República.
E181888	Municipal	Regularización contable de medicamentos de farmacia popular registrados como gastos en períodos anteriores	La municipalidad deberá incorporar como activo el *stock* vigente de medicamentos, aplicando la norma de errores, contenida en la resolución Nº 3, de 2020, de la Contraloría General de la República. Para ello registrará un ajuste a los saldos iniciales de 2022, debiendo cargar la cuenta 1310404 «existencias de productos farmacéuticos» contra la cuenta 31102 «resultados acumulados».
E208361	Público	Anticipo de fondos y reembolso	Instruye procedimiento para la contabilización de seguros relacionados con préstamos para la compra de acciones de empresas sanitarias.
E204006	Municipal	Procedimiento contable para registro de detrimento de fondos	Instruye procedimiento para la regularización de faltante de recursos, donde el sumario por presunta responsabilidad administrativa de funcionaria fue sobreseído. Indica además procedimiento para regularizar el extravío de montos pendientes a rendir por caja chica.
E221397	Municipal	Tratamiento contable de bienes de uso	Instruye procedimiento para el tratamiento contable de bienes inmuebles que fueron vandalizados y, posteriormente, afectados por un siniestro de incendio. A su vez, el municipio solicita que se le indique la cuenta contable donde se deben registrar las esculturas o estatuas instaladas en los parques y plazas de la comuna.

Documento	Sector	Materia	Resumen
E221401	Municipal	Procedimiento de licencias médicas fuera de plazo	Para el registro de los reajustes e intereses corrientes de subsidios que fueron recuperados fuera de plazo, se debe aplicar el procedimiento N-07 «recuperación por devoluciones de pagos de licencias por enfermedad o subsidios por reposos maternales, por permisos postnatales parentales y permisos por incapacidad laboral», contenido en el oficio E59549, de 2020, de la Contraloría General de la República, sobre procedimientos contables para el sector municipal NICSP. Este señala que dichos derechos se deben registrar en la cuenta 115.08.01.002 «cuentas por cobrar otros ingresos corrientes - recuperación y reembolsos por licencias médicas - recuperaciones artículo 12 ley Nº 18.196 y ley Nº 19.117 artículo único».
222.929	Municipal	Procedimiento para regularizar el saldo de la cuenta 11407 «cartas de créditos»	La Contraloría General de la República no advierte inconveniente en que el municipio reconstituya el expediente a través de la copia o fotocopia de la documentación de respaldo, debidamente autentificada por el ministro de fe o el funcionario autorizado para ello, considerando lo establecido en el artículo 4º de la resolución 30, de 2015, con lo cual podrá registrar el devengo de la operación.

III. ESTUDIOS E INFORMACIÓN GENERAL

Actividad	Sector	Tema	Descripción
Base de datos	Público y municipal	Planillas patrimoniales y presupuestarias	Se publicaron planillas patrimoniales y presupuestarias hasta diciembre 2021, de los servicios públicos y municipalidades.
Estudios	Público y municipal	Infografía sobre financiamiento y gastos 2021 del Estado de Chile por pandemia del coronavirus	Informa el financiamiento y gastos realizados por el Estado de Chile a raíz de la pandemia del coronavirus, destinados a reforzar el sistema de salud, a la protección de los ingresos familiares y los puestos de trabajo, y al apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas.

Actividad	Sector	Tema	Descripción
Presentación normativa contable FORA	Educación superior, empresas y otras entidades	Nueva normativa contable para el Fondo Rotativo de Abastecimiento de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile (FORA)	El 6 de abril de 2022, con la asistencia de representantes de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, como así también de la Dirección de Presupuestos y autoridades de la Contraloría General de la República, se llevó a cabo la presentación de la normativa contable aplicable al FORA, contenida en la resolución Nº 5, de 2022, de la Contraloría General de la República.
Estudios	Todos	Informe de la gestión financiera del Estado 2021	Durante abril se entregó el informe de la gestión financiera del Estado (IGFE) 2021, que recopila la información de los sectores público, municipal, empresas y entidades de educación superior, cuya finalidad es dar a conocer las finanzas públicas del país en materia presupuestaria, financiera y patrimonial.
Datos	Público y municipal	Indicadores contables	Durante el segundo trimestre se entregaron los indicadores contables de los sectores público y municipal como insumo para apoyar a la Secretaría Ejecutiva de la Unidad Técnica de Control Externo de la División de Auditoría, en el proceso de información relevante para la confección fichas de fiscalización.
Datos	Público	Variaciones sector público	Se remitieron a la División de Auditoría las variaciones de ejecución presupuestaria y de saldos patrimoniales, como insumo para potenciar la planificación de auditorías y otros productos de control externo.
Estudios	Universidades estatales y privadas	Informe de financiamiento público a la educación superior 2020	Detalla los recursos públicos entregados a la educación superior estatal y privada, otorgados por diferentes ministerios, considerando el acceso gratuito a la educación superior, el financiamiento a estudiantes y a instituciones.

COLOQUIO – 1ª JORNADA DEL TERCER CICLO DE COLOQUIOS DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE 2022. PROTECCIÓN DE LOS SERVIDORES A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Organizador:

Centro de Estudios de la Administración del Estado, de la Contraloría General de la República

Moderador:

Graciela Lepe Uribe, subjefa de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Participantes:

Constanza Novoa Valdés, abogada del Comité de Estatuto y Educación de la División Jurídica y Alejandro Vergara Blanco, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Chile

Fecha:

25 de marzo de 2022

Lugar:

Coloquio web

Presentación

El tema que vamos a conversar lo titulamos «protección de los servidores a honorarios». Como es sabido, la Contraloría se ha preocupado de analizar la contratación a honorarios desde hace un tiempo y, como consecuencia, ha estado emitiendo dictámenes nuevos que han dado un giro a la jurisprudencia tradicional, particularmente los de este año. Por eso, estimamos relevante poder difundir sus alcances y, de alguna manera ir profundizando de a poco en este tema que se está recién reescribiendo.

Hoy vamos a hablar del dictamen E173171, de 2022, y para ello nos acompañan el profesor Alejandro Vergara Blanco de la Universidad Católica de Chile y, desde la División Jurídica de la Contraloría, Constanza Novoa Valdés.

Constanza Novoa Valdés[1]

El dictamen E173171 de la Contraloría General ha generado bastante interés, porque afecta a muchas personas. Fue emitido el 10 de enero de 2022 y es una especie de corolario de una línea que ha venido trabajando la Contraloría desde hace unos dos o tres años, en el sentido de dar mayor protección a los trabajadores a honorarios, intentando acercarlos a los funcionarios públicos desde el punto de vista de sus derechos. La razón de esto la encontramos en que si tenemos personas que realizan las mismas funciones habituales en un determinado servicio, no parece justo ni razonable que tengan regímenes jurídicos distintos, que unos tengan derechos y otros carezcan de ellos como sucede con los contratados a honorarios.

Este criterio se ha expresado ya en algunos dictámenes, por ejemplo, el que reconoció los derechos de protección a la maternidad para las servidoras a honorarios que cumplen funciones habituales o aquel relativo al derecho de los trabajadores a honorarios a computar el tiempo servido, en esa calidad, para invocarlo como confianza legítima cuando están en posición de ser designados en la contrata.

Al igual que otros dictámenes de la Contraloría —como el de la confianza legítima—, este pronunciamiento se aparta de la línea tradicional positivista —apegada estrictamente a la norma— y utiliza como fuente del derecho a los principios, en este caso particular, el de primacía de la realidad. Ello, toda vez que el dictamen intenta reconocer y recoger una realidad para hacerse cargo de ella y evitar que se siga utilizando la figura de los honorarios cuando no es procedente, pues lo que corresponde en realidad es que esas personas sean funcionarios públicos, específicamente, servidores a contrata.

Para contextualizar un poco, me remito a los artículos 11 del Estatuto Administrativo y el artículo 4º del estatuto municipal que son los que establecen la contratación a honorarios en la Administración del Estado. En primer lugar, el inciso primero del artículo 11 y el artículo 4º señalan que la Administración puede contratar sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos y también puede contratar a expertos en determinadas materias cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución. Eso es el fundamento del primer supuesto: labores accidentales y que no son habituales.

---

1 Abogada del Comité de Estatuto y Educación de la División Jurídica de la Contraloría General de la República, licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Derecho Regulatorio y diplomada en Derecho Administrativo de la misma casa del estudio

A continuación, inciso segundo establece un supuesto distinto: se podrá contratar sobre la base de honorarios la prestación de servicios para cometidos específicos, en este caso estamos hablando de funciones que son habituales —porque los cometidos son funciones habituales del servicio—, pero, según ha señalado la jurisprudencia, que son acotados en el tiempo.

Finalmente, el inciso tercero fija el régimen aplicable a este tipo de servidores: las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán extensibles las normas que se aplican para el resto de los funcionarios públicos.

¿Cuál fue la intención del legislador al establecer estos preceptos?

El legislador otorgó a la Administración una herramienta para hacer frente a situaciones específicas o puntuales:

a) La contratación de expertos para labores accidentales que no sean propias del servicio. Se refiere a aquellos casos en que la Administración necesitaba realizar alguna función para la cual precisaba una pericia, una expertise específica que no se encuentra en los funcionarios de la institución. Por lo tanto, era razonable ir a buscarla afuera.

b) La contratación de personal para cometidos específicos. En este caso, como dije anteriormente, se trataba de funciones habituales, pero que se desarrollaban de manera acotada en el tiempo y que se requerían cada cierto tiempo. La jurisprudencia ha dicho reiteradamente que los contratados bajo este régimen no son funcionarios públicos y además que se rigen —como lo señala la propia ley— por lo establecido en sus respectivos contratos de honorarios y que no les son aplicables las normas del Estatuto Administrativo, ni del estatuto municipal ni de los estatutos particulares del servicio respectivo.

Sin embargo, la utilización o la sobreutilización, por parte de la Administración, de estos contratos a honorarios ha hecho que se vaya desvirtuando el fin para el cual fueron establecidos por el legislador y esto se ha dado por varios motivos. En primer término, por el crecimiento del Estado, el que, durante el último tiempo, está presente en lugares de nuestro país donde antes no llegaba, lo que ha exigido mucho más personal. Por otra parte, han aumentado y se han complejizado las tareas de la Administración. A esto se suma la dotación que tienen los servicios en la planta y la contrata son insuficientes, muchas veces consisten en plantas que vienen desde hace muchos años y que claramente no dan abasto. Entonces, la Administración se ha visto obligada a recurrir a estos contratos a honorarios para poder satisfacer las necesidades públicas e incluso solamente para ser capaz de cumplir sus tareas legales.

En la práctica, la contratación a honorarios constituye una figura precaria, porque estos servidores no tienen el carácter de funcionarios públicos, no tienen

derecho propio ni los derechos inherentes a aquellos. Esto significa que, si no se establecen en sus respectivos convenios, no tienen derecho a permisos, a feriados o a licencias médicas.

Producto de lo anterior, una vez que son desvinculados, muchas veces después de haber prestado mucho tiempo servicios a la Administración, recurren a los tribunales de justicia para buscar protección y para ello invocan el derecho laboral. Esta tesis ha sido acogida bajo el fundamento del principio de primacía de la realidad, toda vez que se trata de una relación laboral intensa, no de un sujeto que está un par de horas en el servicio como un asesor externo. A mayor abundamiento, la vinculación es de dependencia, hay jerarquía, muchas veces existe un escritorio en la institución donde trabaja el individuo, quien cumple jornada laboral. Por lo tanto, dadas estas circunstancias fácticas, ha entendido la jurisprudencia judicial que estamos frente a una relación laboral.

En consecuencia, el Estado ha sido condenado a pagar cuantiosas sumas de dinero por concepto de indemnizaciones, de cotizaciones y demás recargos legales. Por ello, lo que en un principio era beneficioso para Administración —porque contratar a honorarios no implicaba el gasto, por ejemplo, en cotizaciones— finalmente ha resultado contraproducente desde el punto de vista del erario público, pues se han gastado ingentes recursos en el pago de multas e indemnizaciones, cotizaciones establecidas en las sentencias judiciales y también en equivalentes jurisdiccionales.

Junto con tales problemas, la sobreutilización de los contratos a honorarios ha redundado en otras consecuencias negativas para la Administración:

a) Sabemos que tales convenios, por regla general, no tienen responsabilidad administrativa, lo que trae aparejado el peligro de que un individuo que desarrolla funciones públicas no tenga responsabilidad administrativa por lo que hace.

b) En lo que respecta a la función, considerando que los servidores a honorarios no son funcionarios públicos, no se les exigen los requisitos generales y especiales de ingreso a la Administración que se aplican al personal de planta y a contrata.

Frente a esa situación fáctica, llegamos a este dictamen, que se emitió el 10 de enero de 2022, y que efectúa un nuevo análisis respecto de la contratación a honorarios en la Administración del Estado, basado principalmente en el principio de primacía de la realidad y recogiendo la precaria condición que están viviendo estos trabajadores, para poder otorgarles mayores derechos.

Los efectos del dictamen pueden dividirse en uno permanente y otro transitorio. El primero de ellos consiste en restringir la aplicación de los artículos 11 de la ley

Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883, a los contratos honorarios que cumplan con los supuestos detallados en ellos. Por su parte, el efecto transitorio se traduce en el traspaso a la contrata de determinados servidores que antes prestaban servicios a honorarios. Es decir, el dictamen se hizo cargo de la realidad y dio una solución provisoria, ya que la definitiva tiene que venir de la ley.

La reinterpretación de los artículos 11 del Estatuto Administrativo y 4º del estatuto municipal consistió en considerar que solo pueden ser contratados a honorarios los asesores externos que se desempeñan principalmente fuera de las dependencias institucionales o los expertos para la elaboración de informes o estudios en materias específicas. Aquí lo que se hace es recoger un criterio de especialización, por ejemplo: algún experto que nos asesore para una licitación, en ese caso podemos contratarlo a través de la figura de los honorarios.

Asimismo, son susceptibles de esta modalidad de contratación las personas que cada cierto tiempo se incorporan a tareas acotadas en su duración, aquí estamos recogiendo el criterio de la transitoriedad, porque se trata de tareas que son habituales de la institución, pero que son transitorias. El típico ejemplo es el INE, que cada cierto tiempo tiene que hacer censos y que para dicha labor requiere mayor dotación.

En tercer lugar, corresponde contratar a honorarios al personal de los gabinetes del Presidente de la República, de los ministros, de los subsecretarios y de los jefes de servicio. En este caso, se decidió incorporar a los individuos que trabajan en gabinete, dada la especial relación de confianza que tienen con la autoridad para la cual prestan servicios: no se trata de cualquier funcionario, ellos tienen que estar 24/7 con la autoridad, necesitan seguirle su ritmo, muchas veces no cumplen horario, sino jornadas más extensas. Además, también se decidió incorporarlos por otros motivos, como la *expertise* que muchas veces se requiere para el desarrollo de estas funciones y también por el nivel remuneratorio que se estila para poder otorgar una remuneración adecuada a estos sujetos que muchas veces no calzan con los grados del personal a contratar.

También tenemos los profesores por hora en universidades y centros de formación técnica. Sabemos que ellos no tienen su oficina en la universidad, no trabajan la jornada completa como los profesores que realizan investigaciones, sino que llegan a hacer su clase y se van. Por disposición legal, perciben honorarios.

Finalmente están los inspectores técnicos de obra que cuentan con regulación especial que determina que sean contratados a honorarios e impide que ellos sean designados a contrata.

El dictamen no solamente señala quienes sí pueden ser contratados honorarios a partir de su emisión, sino que también establece un grupo de contratos a

honorarios que están exceptuados, esto es, podrán seguir contratando esos servicios a honorarios, sin ajustarse a las reglas de este pronunciamiento:

a) Las prestaciones de servicios en programas comunitarios, puesto que estas labores son ajenas a la Administración interna y están asociadas a programas en beneficio de la comunidad, programas de tipo deportivo, social, cultural, etcétera.

b) Los contratos a honorarios suscritos con funcionarios del mismo servicio u otro para el cumplimiento de funciones propias del organismo. En este caso, se requiere que exista una habilitación legal expresa, como sucede con el Servicio Médico Legal.

c) Los contratos a honorarios del personal de la salud para hacer frente al aumento de la carga de trabajo provocada por la pandemia. Sabemos que son situaciones excepcionales y el número 4 también dice relación con lo mismo, son contratos honorarios con cargo a la ley Nº 21.288 que crea el Fondo de Emergencia Transitorio COVID-19.

Ámbito temporal de aplicación de este dictamen

¿En qué momento se empieza a aplicar este dictamen? Ya que fue emitido el 10 de enero de 2022, abarca casi todo este año y esto se traduce en que los servicios no podrán contratar a un trabajador para que se desempeñe a honorarios y realice funciones habituales del servicio como se hacía hasta ahora.

A partir de esa fecha, el dictamen se hace efectivo para el futuro, vale decir, se utiliza solo para las nuevas contrataciones. Esto significa que se aplica a los individuos sin contrato a honorarios vigente al 31 de diciembre de 2021, a quienes no se podrá contratar para funciones habituales como se hacía anteriormente. Sin embargo, los contratos vigentes al 31 de diciembre de 2021 pueden renovarse por todo el año 2022 o por parcialidades. Esto último tiene una explicación desde el punto de vista presupuestario, porque sabemos que, a fines del año pasado, los servicios públicos ya realizaron su planificación presupuestaria, por lo tanto, perjudicaría la planificación que ellos tienen para este año decir que ya no pueden contratar honorarios. En consecuencia, el dictamen tendrá efecto completo desde 2023, para todas las contrataciones, ya no estarán permitidos los contratos a honorarios que no estén en los supuestos que autoriza el dictamen.

En cuanto al traspaso a la contrata de los servidores a honorarios, no se trata de todos sino de algunos. Probablemente la gran mayoría de estos trabajadores serán aquellos que, al 31 de diciembre de 2021, tenían contratación vigente, que fue renovada para 2022, de acuerdo con la autorización que otorga el propio dictamen y que van a tener contratos vigentes también al 31 de diciembre del año 2022. Por ende, este efecto del traspaso a la contrata de servidores honorarios se dará a partir del primero de enero de 2023.

Esa es la fecha clave y quienes deben ser o pueden ser traspasados a las contratas o a la figura análoga respectiva son los servidores a honorarios que reúnan estos requisitos copulativos:

a) Que desarrollan labores diversas de las permitidas por el dictamen, porque de lo contrario no es necesario traspasarlos a la contrata, por ejemplo, el personal de los gabinetes seguirá desempeñándose a honorarios.

b) Que cuenten con contrataciones vigentes al 31 de diciembre de 2022.

Para saber si ellos deben ser traspasados a la contrata o pueden ser traspasados a la contrata y si esto quedará a la discrecionalidad de la jefatura, es necesario distinguir si los funcionarios cuentan o no con confianza legítima al 31 de diciembre de 2022. Si a esa fecha disponen de confianza legítima, la autoridad estará en la necesidad de traspasarlos a la contrata respectiva o a la figura análoga. Si no cuentan con confianza legítima la autoridad «podrá» traspasarlos a la contrata.

La obligatoriedad del traspaso opera debido a que estas labores han sido requeridas por parte de la Administración durante una cierta cantidad de tiempo, por lo tanto, es natural que el servicio siga manteniendo ese vínculo, porque si efectuó estos contratos a honorarios es porque los necesitaba para el cumplimiento de las funciones legales del órgano. En consecuencia, es natural que el vínculo se mantenga, pero esta vez de acuerdo con la figura que corresponde y que ha sido establecida por la ley como es la contrata. Para estos efectos, tendrán confianza legítima aquellas personas contratadas a honorarios que tengan un desempeño ininterrumpido de más de dos años para el mismo organismo, contados hacia atrás desde el 31 de diciembre de 2022 y que desarrollan labores diversas de las permitidas por el dictamen, labores habituales permanentes en la institución. No obstante, si la autoridad decide que las funciones de dicho servidor ya no son necesarias, en este caso tendremos que aplicar los mismos criterios establecidos para la confianza legítima en las contratas, es decir, la Administración debe emitir un acto administrativo fundado, que es exento, explicando las razones por las cuales ya no precisa del servicio que prestaba el trabajador a honorarios. Luego, se exige el mismo estándar que para la no renovación de una contrata que posee confianza legítima.

En lo que respecta a la designación de los servidores sin confianza legítima, por no contar con más de dos años al 31 de diciembre de 2022, esos individuos podrán ser traspasados a la contrata, pero quedará entregado a la decisión del empleador. Si la autoridad opta por su designación, en este caso, no será necesario que la contrata observe las mismas reglas que veremos a continuación y que se aplican respecto de los servidores con confianza legítima, es decir, en este caso estamos hablando de una designación a contrata común y corriente, a la cual se le aplican las reglas generales y no es precisa la emisión del acto administrativo fundado.

Requisitos para la designación de estos funcionarios a honorarios, que tienen confianza legítima a la contrata:

1) Los generales de ingreso a la contrata establecidos en los artículos 12 del Estatuto Administrativo y 10 de la ley Nº 18.883. También las inhabilidades de ingreso que prescribe el artículo 54 de la ley Nº 18.575.

2) Los especiales de ingreso a la contrata, por ejemplo, estudios o experiencia. Si el postulante no los tiene, se le da el plazo de un año para cumplirlos, si no lo logra, no se permitirá la prórroga o la renovación en el empleo en que originalmente había sido designado. El motivo de autorizar que una persona haya sido designada en la contrata sin cumplir con el requisito específico de ese cargo, es que tenemos a una misma persona, que realizaba unas funciones en un determinado organismo, este mismo individuo luego va a ejecutar las mismas funciones en el mismo organismo, solamente va a cambiar respecto de él su calidad jurídica. Por lo tanto, es razonable que se le otorgue el plazo de un año para ponerse al día, si no lo logra, no se puede prorrogar por un año más, pero la autoridad tiene la facultad de poder adecuar las funciones de este servidor a honorarios —que ahora será funcionario público pasado a la contrata— y designarlo en un cargo en el cual sí cumpla con los requisitos.

Respecto de la confianza legítima, hay que determinar dos cosas:

1) el estamento al cual hay que asimilarlo, que puede ser técnico, profesional o administrativo; y

2) el grado.

Para determinar el estamento, es preciso atender a la función efectiva del servidor a honorarios. Establecido eso y también el nivel de estudios, puedo saber a qué planta debo asimilar al funcionario y dentro de esa planta para determinar el grado debo realizar una comparación entre los honorarios líquidos que percibía el servidor a honorarios y la remuneración líquida que le va a corresponder percibir cuando esté a contrata. Cuando hablamos de honorarios líquidos, no nos estamos refiriendo a la cantidad que percibe el funcionario después de aplicar el impuesto del pago provisional mensual, ya que la remuneración líquida incluye todas las asignaciones, ya que se va a considerar la remuneración completa al momento de la designación. La idea que subyace a esto es que naturalmente el servidor a honorarios no vea afectada o mermada su remuneración producto de la emisión del dictamen. Si se produce una diferencia, por lo tanto, entre los honorarios líquidos que percibía la persona contratada en esa calidad y la remuneración líquida que va a percibir a contrata se va a suplir con una suma complementaria adicional que va a ir en la liquidación de sueldo y que se va a ir absorbiendo con los futuros mejoramientos de la remuneraciones del trabajador, o sea, esta suma complementaria adicional se va a pagar durante todo 2023 y se podrá ir pagando durante los años siguientes, hasta que el sueldo del funcionario

a contrata, absorba esta suma complementaria adicional y ya no sea necesario seguirla pagando.

Fiscalización por parte de la Contraloría General de la República

En cuanto a la fiscalización, la Contraloría dispone de varias herramientas, la principal de las cuales es la toma de razón. El dictamen señala que vendrán a toma de razón los actos administrativos que aprueben contratos a honorarios, salvo aquellos contratos a los cuales no se les aplica el dictamen. La resolución Nº 2, de 2022, de la Contraloría, que ya está vigente, es la que determinó que vendrán a toma de razón las designaciones a contrata que deban o puedan efectuarse en cumplimiento a estas instrucciones, es decir, aquellas designaciones a contrata de funcionarios a honorarios con confianza legítima o sin confianza legítima.

Otros mecanismos de control son las auditorías, en este caso, la Contraloría, de acuerdo a los planes de auditoría, podrá revisar todos los contratos a honorarios de un respectivo servicio o algunos de ellos, también revisando la documentación sustentatoria, la ejecución de los mismos y los aspectos financieros y las responsabilidades.

Como regla general, al jefe del servicio le corresponde la gestión interna del organismo respectivo y, por lo tanto, es él el responsable de que el contratado a honorarios desarrolle las labores que se señalan en su contrato, y que no se contrate, por ejemplo, a una persona como asesor cuando en realidad desarrolla funciones habituales y permanentes de la institución. El dictamen también señala expresamente que el jefe de servicio podría ser responsable civilmente, así como también los funcionarios involucrados en el caso de que una persona contratada a honorarios, desarrollando funciones distintas de las permitidas por el dictamen, luego recurra a los tribunales de justicia y, en virtud de una sentencia judicial o un equivalente jurisdiccional, se obligue al Estado al pago de indemnizaciones, multas o demás recargas legales. En este caso, se tendrá que hacer efectiva a través del respectivo juicio de cuentas y, finalmente, ello es sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa que se haría efectiva de acuerdo con el título octavo de la ley de la Contraloría.

Reclamaciones ante la Contraloría General de la República

Si producto del traspaso que se haga desde los honorarios a la contrata, los funcionarios estiman que se han visto lesionados en sus derechos, podrán recurrir a la Contraloría General, para reclamar de acuerdo con los artículos 160 del Estatuto Administrativo o 156 del estatuto municipal. Recordemos que hay un plazo de 10 días hábiles, desde que se tuvo conocimiento del hecho de la resolución, también son 60 días cuando se trata de remuneraciones, asignaciones o viáticos. Las reclamaciones pueden ser ingresadas a través del portal de la Contraloría y específicamente será recibido por la Unidad de Protección de Derechos Funcionarios. Una vez que sean interpuestos recursos,

ya sea el recurso jerárquico o de reposición ante la respectiva autoridad al interior de servicio, los plazos para reclamar se cuentan desde que se toma conocimiento de la resolución de esos recursos o desde que el recurso se entienda desestimado por aplicación del silencio administrativo.

Cumplimiento de las instrucciones

Sabemos que los servicios públicos van a tener la obligación de dar cumplimiento estricto a estas instrucciones y de difundirlas, pero se le señala además una tarea específica consistente en que los servicios, para poder dar cumplimiento a estas instrucciones a partir del próximo año, se coordinen con los organismos encargados de elaborar el presupuesto, para que se consideren estas designaciones a contrata que deben hacerse, y lo mismo para las municipalidades al momento de elaborar su propio presupuesto.

Alejandro Vergara Blanco[2]

Con mucho gusto acepté esta invitación a ser el comentarista de la exposición de Constanza. Es una gran exposición la que ha hecho ella, en que ha ido mucho más allá del contenido del dictamen. A mí mismo me ha servido para comprenderlo mucho más. Ella ha podido señalar que no solamente el dictamen se ha dedicado a virtualmente trasladar el Ministerio del Trabajo hacia la Contraloría y a dictaminar favorablemente respecto de muchos servidores públicos que estaban recibiendo un trato injusto a través de esta fórmula artificial, irreal que rompiendo el principio de la realidad o de la primacía de la realidad de muchos trabajadores de la Administración pública, sino que adicionalmente se ha incorporado un mecanismo de aseguramiento del cumplimiento de este dictamen: la toma de razón, y seguramente las fiscalizaciones, todo lo cual es muy interesante.

En segundo lugar, quiero decir que para mí es muy gratificante haber leído en su momento cuando apareció.

No puedo tener la pretensión de haberlo inspirado ni nada parecido, pero como dijo Graciela Lepe, yo mismo he estado bregando a favor del término de esta precarización del empleo público, la que se estaba produciendo a través de los contratos a honorarios.

Estoy muy satisfecho de que esto se haya producido, porque me parece que es una reacción de Contraloría con mucha calidad técnica, ya diré por qué, y además con mucho desenvolvimiento en el plano valórico, lo que muchas veces

2 Abogado de la Universidad de Concepción, doctor en Derecho de la Universidad de Navarra y postdoctorado en Francia, profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, director del programa Derecho Administrativo Económico de esa casa de estudios.

no se produce en las interpretaciones, judiciales o de Contraloría, manteniéndose ya sea en los supuestos rigores de la ley y, o, utilizando como justificación los términos de la ley que no se pueden llegar a situaciones o a interpretaciones que sean más justas, o sean, las que corresponden y el advenimiento de esta soltura metodológica y técnica desde el punto de vista jurídico de la Contraloría ha llegado de la mano de la incorporación de los principios tan dejados de lado durante mucho tiempo y tan incomprendidos y a veces criticados, sobre todo en nuestra disciplina, olvidándose que la más admirada jurisprudencia del Consejo de Estado francés y copiada en casi toda Hispanoamérica vino de la mano de la aplicación de principios que, al lado de las leyes, pueden significar la incorporación de valores relevantes.

Me gustó mucho escuchar a Constanza con la soltura que ella hablaba de la confianza legítima. Constanza y todos saben que la confianza legítima no está escrita en ninguna Constitución ni en ninguna ley y es un valor que se ha incorporado como sustituto de una regla. La confianza legítima fue la que permitió avanzar en la solución de los casos de precarización del empleo a partir de las contratas. Eso es lo que hoy día también acompaña a este dictamen relacionado con los honorarios, en cuanto al mecanismo que Contraloría inventa, un glorioso invento digo yo, de transformar, a través de una especie de transmutación del contrato de honorarios en un contrato a contrata o en un empleo a contrata, pero sin olvidar que, para que Contraloría diera este paso, tuvo que recurrir a otro principio, a un principio que está consagrado en normativa laboral, como es la primacía de la realidad y Constanza lo dijo al inicio de su exposición: la primacía de la realidad estuvo en el centro y en el origen de esta dictaminación.

Como segundo aspecto introductorio, quiero decir que estoy muy satisfecho, porque mi primera exposición crítica de lo sucedido en esta materia ocurrió en el año 2016, en las Decimoterceras Jornadas de Derecho Administrativo de 2016, dedicadas al empleo público. Recuerdo que, se realizaron a fines de ese año en la Universidad Diego Portales, venía asumiendo hace muy poco tiempo el actual contralor y él fue a dar una exposición del cierre de esa jornada, en que todos nos habíamos referido a la función pública y al empleo público. Recuerdo que en mi exposición, en que me referí a este mismísimo tema, sobre los honorarios, (la que está publicada en las actas de esas jornadas que lamentablemente se publicaron en el año 2019 recién y aparecieron en circulación el 2020). Fui duramente críticado, sin excepción, por todos, mis colegas de derecho administrativo y los únicos aplausos que tímidamente recibí fueron de funcionarios que estaban al final de la sala o representantes de los funcionarios. Porque ¿qué es lo que sucedía con este tema? Había una especie de extrañeza de parte de los administrativistas, quienes no habían escrito casi ninguna línea con anterioridad sobre esto. No se aceptaba que esta materia se resolviese por el Código del Trabajo dado que se trataba de funcionarios que trabajaban en la Administración, aunque fuese a honorarios; se pensaba que, esta materia se debía resolver de acuerdo a normas administrativas. Por lo tanto, el que yo mismo en esa época

celebrara la novísima jurisprudencia que inició la Corte Suprema en el año 2016, de la aplicación supletoria del Código del Trabajo a los contratados a honorarios en la Administración, pareció casi escandalosa, por eso mi satisfacción plena al ver esta reacción de hoy día de la Contraloría.

Voy a dar una simple exposición sobre la evolución jurisprudencial sobre esta materia, por un lado de la jurisprudencia judicial, y luego de la administrativa, esto es, de la Contraloría, que estuvieron alejadas durante un lustro, pero hoy día están felizmente ambas en una misma línea.

El empleo público a honorarios ante la Corte Suprema

Inicio del giro jurisprudencial

El año 2015 la jurisprudencia de la Corte Suprema inicia un giro a través de un caso famoso, el caso Vial del año 2015 y otros más de mediados de ese año, en que se introduce la aplicación supletoria del Código del Trabajo en estos casos, condenando a la Administración.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema no incurrió, por decirlo así, en algo distinto de lo que venía haciendo en el caso de los empleadores particulares o del sector privado. Ya las cortes venían aplicando supletoriamente el Código del Trabajo a aquellos empleadores privados que contrataban artificialmente, o sea, con una especie de falsedad a trabajadores por esa vía de los honorarios.

Lo que no había hecho —y el paso que no había dado la jurisprudencia y lo había rechazado muchísimas veces— era comenzar a condenar a los organismos públicos que incurrían en esta falsedad y, al mismo tiempo, incurrían en una especie de precarización de sus propios trabajadores. Era curiosa esa desigualdad entre el sector privado y el sector público, por lo tanto, yo celebré de inmediato como comentarista y luego en esa jornada derecho administrativo de 2016 este cambio jurisprudencial.

Inestabilidad jurisprudencial

Pero lo que vino después es una escena que se ha repetido en la Corte Suprema, no solo en este tema, es la anarquía jurisprudencial que vino desde el año 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, se produjeron muchísimos zigzags. A los que conozcan los trabajos que hemos hecho sobre la vacilaciones de la jurisprudencia, podrán ver esas publicaciones en el tema 12 «de honorarios», en que ha habido muchos casos en que la propia Corte Suprema, incurriendo en un quebranto del principio de igualdad ante la ley, a muchos funcionarios les acogió los recursos, les reconoció sus derechos laborales y condenó a la Administración; pero a veces, con el voto de los mismos jueces que habían fallado a favor en otros casos, no reconoció a esos trabajadores esas mismas condiciones. Esos son aspectos de la jurisprudencia muy negativos, los que todos conocemos.

Retroceso jurisprudencial

Pero, en el año 2019 hubo una especie de retroceso y durante todo el año, de una manera lineal, en que uno ya no podría criticar a la Corte Suprema en cuanto a su linealidad, pero sí en cuanto al criterio de fondo pues retrocedió al criterio arcaico, al anterior, y comenzó a denegar todas esas reclamaciones de los funcionarios a honorarios.

Estabilización de la nueva tendencia jurisprudencial

Felizmente, en el año 2021 —porque acabamos de terminar de hacer el estudio y la revisión de todos los casos del año 2021—, ha vuelto la Corte Suprema a ser no solo lineal sino que ha acogido todos los reclamos de funcionarios o trabajadores a honorarios que pedían la aplicación supletoria del Código del Trabajo. Por lo tanto, hoy en día, a finales desde el año 2021 —no hemos revisado completamente que ocurrió en 2022—, esperemos que la Corte Suprema no reincida en sus zigzagueos en este tema e inicie una línea jurisprudencial acogiendo esta doctrina que he señalado.

Entonces la estabilización de la jurisprudencia se produjo en 2021, pero aquí ha surgido otro aspecto que lo voy a enunciar simplemente, pues no es el tema principal hoy día, pues la Corte Suprema, una vez que ya ha comenzado a acoger sistemáticamente todos los reclamos de trabajadores a honorarios, ha comenzado a crear sublíneas jurisprudenciales para comenzar a distinguir las distintas situaciones, con técnicas parecidas a las que tuvo que hacer la Contraloría, según lo exponía Constanza. Tuvo que preocuparse de muchos casos singulares que surgen, como por ejemplo distinguir los distintos casos en que se hubiesen pagado cotizaciones o no, o si se hubiesen incorporado en los contratos de honorarios ciertos beneficios laborales importantes como permisos, vacaciones o, a veces, otros beneficios para ellos. A veces la jurisprudencia se ha estado dividiendo en la aplicación de las sanciones del artículo 162 del Código del Trabajo o no. Por lo tanto, podemos decir estamos en otro estadio del avance jurisprudencial y si continua ya la Corte Suprema teniendo como una línea firme y consistente la condena de aquellos órganos que mantienen funcionarios a contratos de honorarios va a significar que se han producido los efectos que todos hemos esperado durante mucho tiempo, los que son los mismos que se han producido ahora con la intervención de la Contraloría.

Yo creo que aquí se va a producir algo bien interesante, que se ha producido en otras ocasiones inversamente en el caso de las contratas y, de los términos intempestivos de la contratas y de las no renovaciones de las contratas: Influencias mutuas entre la Corte Suprema y Contraloría. Claramente ambos órganos, son emisores de jurisprudencia de distinta naturaleza, pero, en definitiva, ambos, se observan y es lo que aquí también ocurrió. La Contraloría obviamente fue observando lo que ocurría en la jurisprudencia judicial y al menos consideró

que se trataba de la línea que estaba siendo acogida en la mayoría de los casos y dictó este dictamen de enero de este año.

En este nuevo dictamen, por una parte los artículos 11 del Estatuto administrativo y 4º del Estatuto municipal; aunque, yo creo que siempre los interpretaba así, pero lo que no había hecho era dar más claridad respecto de las consecuencias del quebranto de estos artículos. Yo creo que lo que se había hecho hasta ahora, por parte de Contraloría, era cerrar un poco los ojos a esta realidad de incumplimiento de la propia legislación y lo que se produjo ahora fue incorporar el principio de la primacía de la realidad para darse cuenta de la precarización que se estaba produciendo. Contraloría no podría haber dicho que se aplica el contrato de trabajo, pero sí lo que dijo y unió esto al sistema de las contratas.

Elementos a destacar en el nuevo criterio

En primer lugar, la desnaturalización y la precarización, eso es una muy buena noticia, por lo que yo adelantaba, de realizar una interpretación plena de valores, no simplemente por la letra de la ley, sino que incorporando valores, lo que es coadyuvado con la incorporación de principios y eso es notorio como lo he señalado.

En segundo lugar, en conexión con lo anterior, esa desnaturalización de las labores accidentales para lo cual fue incorporado el contrato de honorarios, podríamos decir, ha llegado a su fin. Este cambio jurisprudencial es un cambio relevante, yo creo que es al mismo tiempo un avance, un avance en el derecho laboral administrativo chileno, porque estamos en medio de una relación laboral, en definitiva.

En tercer lugar, la aplicación del principio de la primacía de la realidad nos vuelve a mostrar a un órgano contralor que incorpora técnicas que no han sido muy habituales en la interpretación histórica por parte de Contraloría. Reincide felizmente en la incorporación de los principios jurídicos, por lo tanto, hay que seguir mirando cada vez con mayor interés el tema de los principios jurídicos y preocuparse de comprender bien cuál es su posición, dado que los principios jurídicos no quebrantan el principio de la juridicidad. Los principios jurídicos operan en aquellos casos en que se producen anomias legislativas, en que el legislador no ha previsto una situación que se presenta en la realidad; es para rellenar lagunas y los principios jurídicos tienen una legitimidad democrática, tanto del punto de vista orgánico como funcional que cabe observar, porque tiene que ver con esta obligación y deber que tienen los jueces y la Administración toda, y que se origina en la inexcusabilidad para resolver los conflictos interpretativos o los conflictos entre partes. Respecto de los jueces, la inexcusabilidad está en el artículo 76 de la Constitución, los jueces saben que, en caso de que no haya ley, no pueden excusarse de emitir un pronunciamiento y los órganos

administrativos, y entre ellos este órgano administrativo que es fin la Contraloría en ese sentido genérico —aun cuando podamos distinguir a los órganos de la Administración activa y un órgano contralor—, están regidos también por este mismo principio de la inexcusabilidad a partir del artículo 41 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que establece esa misma obligación de no excusarse de emitir un pronunciamiento aun cuando no haya ley; de ahí que cuando no hay ley entonces lo que existen son estos principios.

El derecho laboral administrativo

Este dictamen, en fin, implica quizás un empujón más para tomar en serio una subdisciplina que está al lado, conectada, vinculada si ustedes quieren, con el derecho administrativo, pero que no es derecho administrativo general. La relación de derecho administrativo, el núcleo del derecho administrativo está conectado con la relación entre un órgano administrativo y un administrado, en el ejercicio de las potestades públicas por aquel, esa es una relación típica de derecho administrativo, esos son los conflictos que resuelven los tribunales del contencioso administrativo. Pero las relaciones entre los trabajadores y funcionarios de un órgano administrativo son relaciones laborales y eso es lo que ha venido resolviendo la Corte Suprema en estos casos de honorarios e inclusive en los casos de contratas: debe haber un principio de igualdad de todos los trabajadores del país, ya sea que trabajen en la Administración pública o en cualquier órgano de la Administración centralizada, descentralizada, etcétera o en el sector privado y la disciplina que está detrás de las relaciones laborales, cualesquiera que sean, es el derecho laboral. Por lo tanto, lo digo nuevamente, aunque esta vez quizás mis colegas administrativistas no me disparen tan fuertemente como lo hicieron hace un lustro, esta materia no es derecho administrativo, esta materia es derecho laboral. Se trata del Derecho laboral administrativo.

Preguntas del público y respuesta de los expositores

Aquellos contratos a honorarios que se suscribieron durante enero, pero antes del dictamen, ¿esas personas se encuentran protegidas por este criterio, es decir, se les aplica el dictamen? ¿o caen dentro de aquellas que venían de antes y que el dictamen respeta en el fondo las mantiene como estaban?

Responde Constanza Novoa Valdés: aquellos contratos a honorarios celebrados los primeros días de enero, pero antes de que saliera el dictamen, no quedan dentro de las hipótesis que contempla el dictamen.

¿Y qué pasa con los otros estatutos, con aquellos estatutos que no son directamente el estatuto general y el municipal?

Responde Constanza Novoa Valdés: en ese caso, el dictamen señala expresamente que el traspaso de los servidores de honorarios a la contrata debe hacerse a la contrata o a la figura análoga. Por lo tanto, en ese caso, se aplica también a otros regímenes de los funcionarios públicos de acuerdo a su respectiva normativa orgánica y habrá que analizar ese respectivo estatuto para determinar cuál es la figura análoga a la que se debe traspasar el servidor a honorarios.

¿Cómo debería abordarse la realidad de aquellas personas que pueden llevar tiempo desarrollando funciones en virtud de un programa que no es propio de esa entidad, sino que esa entidad cumple el programa por encargo de otra, que son las típicas transferencias de recursos –convenios suscrito entre dos organismos, en que uno le encarga al otro que desarrolle un programa–?

Responde Alejandro Vergara Blanco: podríamos decir que es casi una subcontratación. Yo creo que ante el quebranto de los valores propios de un empleo, sea público o privado, digno y al mismo tiempo protegido por toda la regulación del trabajo deben aplicarse la regulación y principios señalados. Ahí se mantiene el riesto de condena por parte de la Corte Suprema a esos organismos, porque lo que hay es el quebranto de las normas del Código del Trabajo y ahí va a aplicar igualmente el principio de la primacía de la realidad, si hay una persona que está llevando adelante labores habituales, sujeta a una dirección, de un jefe de servicio o de alguien que establezca los horarios, los trabajos que debe realizar, estamos ante una relación laboral. Por lo tanto, el riesgo de eso, es que sea condenado el órgano respectivo por los tribunales el día de mañana.

Interviene Graciela Lepe Uribe: eso es lo que hemos estado viendo, los tribunales han acogido demandas laborales de personas a honorarios y que han participado en un programa. Ahora Constanza, ¿tú nos puedes contar si esta gente de los programas queda o no protegida con la jurisprudencia que hoy día está vigente?

Responde Constanza Novoa Valdés: no, de acuerdo con el dictamen no está protegida, o sea, está exceptuada de la aplicación del dictamen.

Interviene Graciela Lepe Uribe: así es, en el fondo este tema de los programas como bien señala Alejandro, es un tema que es delicado, porque tiene muchas aristas y no podemos como Contraloría hasta ahora dar un criterio general.

¿Cuál es el actual marco normativo de los contratos a honorarios?

Responde Constanza Novoa Valdés: el dictamen no innova, los contratos a honorarios van a seguir teniendo el mismo marco normativo que tenían antes

de este. De acuerdo con lo que dice el artículo 11 el Estatuto Administrativo y el artículo 4º del estatuto municipal: el propio contrato a honorarios. Además la jurisprudencia ha ido reconociendo derechos para servidores a honorarios en distintos ámbitos. Por lo tanto, sería su contrato a honorarios más la jurisprudencia de la.

¿Qué impide que alguien esté a contrata en los gabinetes?

Responde Constanza Novoa Valdés: quienes trabajan en gabinete pueden estar a contrata, o sea, el dictamen lo que hace es darle la posibilidad al servicio de contratar a estas personas sobre la base de honorarios, lo que no significa que no puede contratarlas a contrata o de planta, perfectamente un individuo que trabaja en gabinete puede ser una secretaria que lleva años ahí y estar de planta; no hay problema.

¿Qué criterios se van a usar para definir qué honorarios pasan a la contrata y qué honorarios no pasan a la contrata, hay alguna prelación?

Responde Constanza Novoa Valdés: no, no hay ninguna prelación para poder ser traspasados a la contrata. El servicio va a tener la obligación de traspasar a la contrata cuando el trabajador reúna dos requisitos: tener confianza legítima al 31 de diciembre de 2022 y ejercer funciones estando a honorarios, de aquellas que están prohibidas, vale decir, no estar dentro de los supuestos contemplados por la ley.

¿Qué sucede con la competencia de la Dirección del Trabajo respecto de los reclamos del servidor a honorarios del sector público?

Responde Alejandro Vergara Blanco: en el año 2016 cuando publiqué mi comentario, yo escribía que parecía que había dos órganos de la Administración pública ausentes en esta materia de la precarización de los funcionarios por la vía de los honorarios, uno de ellos era la Contraloría que ahora ya ha cambiado su parecer, por cierto. El otro órgano es la propia Dirección del Trabajo, porque su ley orgánica, el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1967, establece en su artículo 1º, letra a), que tiene como atribución y deber la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral. Claro, ahora es complejo, porque se podría originar una especie de contienda de competencia, entre la Contraloría y la Dirección del Trabajo, pues, en principio, quien debe fiscalizar el cumplimiento de la legislación en general, de la legalidad en general por los órganos administrativos es la Contraloría, pero ahí tendríamos que comenzar a observar qué tipo de legislación va a controlar la Contraloría y qué tipo de legislación va a controlar otro órgano. Por ejemplo, si en un órgano administrativo se requieren hacer instalaciones eléctricas o de telecomunicaciones, por mucho que sea un órgano administrativo, la Subsecretaría de Telecomunicaciones o la Superintendencia de Electricidad y Combustibles tendrán que verificar si se cumplen esas legislaciones sectoriales.

Ahora es más complejo el tema de esta legislación sectorial del trabajo, pero yo creo que esto se podría dar, lo que sí veo es que es muy díficil, más que nada por costumbre o por esa especie de unidad institucional que se puede manifestar en la intocabilidad de las atribuciones de un órgano con otro. Sería interesante ponerlo a prueba, yo casi le pediría a un trabajador a honorarios que vaya a la Dirección del Trabajo para ver qué respuesta le daría.

Interviene Graciela Lepe Uribe: bueno, los hechos ocurren, que muchos funcionarios a honorarios han ido a la Dirección del Trabajo y ella les dice que no le corresponde atender ese reclamo, porque tienen que venir a la Contraloría y así también lo hemos entendido nosotros, porque la Contraloría, al fiscalizar a todo el sector público, también fiscaliza a la Administración en su relación de contratante con los servidores a honorarios.

¿Qué pasa con aquellos trabajadores a honorarios que no quieren ser traspasados a la contrata?

Responde Constanza Novoa Valdés: aquellos que no quieren ser traspasados a la contrata, no los podemos obligar, si ellos no quieren ser traspasados a un régimen que es mejor, donde tienen más protección, bueno no se les puede obligar, pero ellos no van a poder seguir siendo contratados a honorarios, de acuerdo con la aplicación del dictamen.

Responde Alejandro Vergara Blanco: yo pienso lo mismo que Constanza, por cierto, que es un convenio y ambas partes deben estar de acuerdo.

Interviene Graciela Lepe Uribe: sí, la regla general es cuando se asigna alguien a contrata, la persona tiene que asumir el cargo y si no lo hace, significa que no aceptó el cargo, entonces, en el fondo, no se puede obligar a alguien a honorarios a pasar a contrata.

Pero es importante, que esa persona sepa que no puede continuar a honorarios, tal como señaló Constanza, ¿por qué no puede continuar a honorarios?, porque esa función que ha estado desarrollando hasta ese momento no debe ser contratada a honorarios, pues se ha entendido que debiera ser desempeñada por un funcionario público.

¿Qué pasa con aquellos que están en jornadas parciales? Aunque no es obligación tener pactada una jornada en un contrato a honorarios, hay algunos que la tienen y que durante esa jornada parcial cumplen las mismas funciones que sus compañeros que están a contrata o que están de planta.

Responde Constanza Novoa Valdés: el dictamen se pone en ese caso y dice que deberán ser traspasados también a una jornada parcial en la contrata. Si ellos cumplen una jornada parcial a honorarios, lo que corresponde es que sean traspasados en las mismas condiciones a la contrata con una remuneración equivalente.

¿Es factible el autodespido?

Responde Graciela Lepe Uribe: los contratados a honorarios se rigen por las normas del contrato a honorarios y por aquellas que la Contraloría o la jurisprudencia le ha reconocido, es decir, no se aplica supletoriamente el Código de Trabajo, por lo tanto, no pueden acudir al autodespido. No obstante, como si el interesado llega el asunto para la resolución de un tribunal laboral, el juez verá la norma que aplica. Pero mientras sea funcionario a honorarios, no podemos mirar el Código de Trabajo, porque el legislador no lo previó. Entonces, hay que atenerse a lo que dice su contrato a honorarios y a lo que la Contraloría le ha ido reconociendo, por ejemplo, toda la protección a la maternidad y a la paternidad, aun cuando no estén expresamente previstos.

Pero una vez que termina la vinculación, el servidor ejercer las acciones que estime más conveniente a sus intereses. Sabemos que los tribunales laborales hasta ahora han aplicado el Código del Trabajo supletoriamente, pero no es una jurisprudencia que la Contraloría haya adoptado por ahora, así es que no va a encontrar algún dictamen que diga que corresponde pagar la indemnización por años de servicios.

SEMINARIO: PRESENTACIÓN DEL INFORME «FORTALECIENDO LA LABOR FISCALIZADORA DE LA CONTRALORÍA»

Organizador:

Centro de Estudios de la Administración del Estado, de la Contraloría General de la República

Moderador:

Claudia Sepúlveda Trejo, Jefa de la Unidad Secretaría Ejecutiva Consejo CEA

Participantes:

Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República; Julio Bacio Terracino, Jefe de la División de Integridad del Sector Público OCDE; y María de los Ángeles Donoso Rivas, Jefa de la Unidad de Coordinación Nacional de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento

Fecha:

Lunes 16 de mayo de 2022

Lugar:

Contraloría General de la República con transmisión virtual simultánea

Presentación

El Plan Estratégico 2021-2024 de la Contraloría General de la República ha establecido como propósito de su quehacer el trabajar por fortalecer la confianza pública. Para cumplir este compromiso institucional, la Contraloría ha procurado innovar para hacer una organización ágil y flexible, que sea capaz de conectarse con los servicios para realizar un control que responda activamente al entorno, de manera de contribuir a la buena administración con información

objetiva sobre el uso de los recursos públicos. En este contexto, durante el año 2020, la Contraloría junto a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE– inician una labor conjunta para explorar cómo las ciencias del comportamiento podrían aportar formas innovadoras en el aumento del impacto de las auditorías que realiza esta entidad de fiscalización superior. Luego de dos años de trabajo durante la pandemia del COVID-19, se presenta este informe que consolida los resultados de esta primera etapa de colaboración.

Exposición de Jorge Bermúdez Soto[1]

En breves palabras, quiero poner de relieve lo que ha significado para la institución este estudio y asesoría que ha llevado a cabo la OCDE en la Contraloría. Como ustedes vieron, el trabajo se denomina «Fortaleciendo el impacto de la labor fiscalizadora de la Contraloría: lecciones de las ciencias conductuales para la integridad pública». Para este organismo de control, es un honor ser pioneros en la utilización de esta metodología y emplear las ciencias conductuales para analizar de qué manera el trabajo de esta entidad puede, incidir en quienes son objeto de su labor fiscalizadora, y así tener un mayor efecto.

Este vínculo institucional tiene antigua data, ya en el año 2014 la OCDE entregó un informe en el cual diagnosticó y analizó el valor que tenía la Contraloría en el Estado chileno. Aquello sirvió de base para realizar el Plan Estratégico 2016-2020 de la Contraloría General. En ese entonces, esta entidad de control estableció como objetivo una visión, la cual es ser reconocidos como una organización autónoma que vela por el cuidado y buen uso de los recursos públicos. Ese ha sido el norte de la Contraloría y a partir de ahí en adelante, todo el trabajo de la institución se ha alineado con esa visión. Actualmente, algunas encuestas señalan que la Contraloría aparece como un órgano que no solo vela por el cuidado y buen uso recursos públicos, sino que, además, es un órgano en el cual la ciudadanía confía para luchar contra la corrupción.

Por otra parte, la Contraloría General también ha participado con la OCDE en otras iniciativas, por ejemplo, la Integrity Week, donde se han presentado algunos de los hallazgos que se han realizado a lo largo de esta gestión, por ejemplo, se ha expuesto sobre el rol de la Contraloría en el control de las empresas públicas. De igual forma, en la Auditors Alliance, otra iniciativa de OCDE, hemos podido conocer y ser parte de esa red de mejores prácticas a propósito del control interno y el control externo.

En este contexto, este informe es muy innovador y surge como fruto de la cooperación internacional de la OCDE con la Contraloría y el Estado chileno. Asimismo, tiene otro valor: se realizó durante los dos últimos años de pandemia,

1 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Contralor General de la República de Chile.

lo cual en sí ya era un desafío, tanto para quienes lo llevaban a cabo, como para el equipo de Contraloría y para los auditados que participaron del mismo programa.

Una de las observaciones que se obtuvieron del informe de la OCDE del año 2014 es que las entidades fiscalizadoras superiores cumplen un rol ejemplificador, no solo hacia adentro de la propia institución, es decir el *down from the top,* no solo el actuar del Contralor y de los funcionarios de la Contraloría deben ser íntegros realizando de buena manera su labor, sino que también cumple un rol ejemplificador respecto del resto del Estado. De cierta manera, gran parte del Estado chileno pasa por la Contraloría todos los días, en algún punto, a través de los distintos productos y mediante el ejercicio de las distintas funciones que cumple esta institución. Por eso es tan importante este informe, puesto que ese *down from the top* pueda servir como un *down from the top* a nivel institucional.

Este informe entonces responde de una manera innovadora a la forma en que la Contraloría debe cumplir su labor, pero también de qué manera la Contraloría incide en aquello que realiza y, en particular, en su auditoría. Hace algunos años, al inicio de la gestión 2015, la pregunta era cómo podríamos hacer para que los servicios públicos auditados, ya sea ministerios, Fuerzas Armadas o municipalidades pudieran cumplir esas observaciones que la Contraloría les entrega. Producto de aquello se desarrolló un programa denominado de apoyo al cumplimiento, el cual ha dado cuenta de historias de éxito, dado que hay servicios públicos, que, en términos generales, han mejorado su gestión. Pero también, tiene historias de fracaso, en servicios donde el programa de apoyo al cumplimiento tuvo que ser desahuciado porque no se ejecutó, simplemente se tradujo en una cosa formal. La Contraloría General quiere ahondar en este programa desde nuestra labor, entendiendo que no realizamos la gestión pública en los sectores, pero sí puede colaborar con prevenciones.

Para ello, el Plan Estratégico 2021-2024 de la Contraloría General cuenta con tres ejes: impactar, conectar e innovar, el cual tiene una base desde la existencia de esta entidad en la sociedad, que es la confianza y, en este caso, va a ser la confianza pública. Lamentablemente Chile es una de las de las sociedades más desconfiadas del planeta y para ejecutar algunas de las recomendaciones que están en el informe es necesario construir confianza. La confianza no se puede decretar, esta se va creando a partir del trabajo en conjunto, por ello es tan importante el piloto que se está planteando con 45 municipalidades, a partir del cual se deberá realizar un trabajo desde la Contraloría y también desde las contrapartes para formar esa confianza, es decir, que esas recomendaciones, por ejemplo, reuniones previas de inicio de la auditoría, sean un poco más intensas o esas reuniones donde se entregan los borradores de las observaciones sean efectivamente constructivas, sirvan para comunicar de mejor forma y terminen siendo fructíferas.

De acuerdo con lo anterior, las recomendaciones de este informe van a servir, por un lado, para que como Contraloría se puedan adquirir nuevas habilidades, puesto que tal vez como auditores se cuente con una impronta un poco rígida, distante y una cultura organizacional que dificulte ese rol más colaborativo. Por otro lado, la implementación de las recomendaciones permitirá a la Contraloría entender de mejor manera y tener más incidencia en lo que se está realizando.

Finalmente, este informe es fruto de un trabajo cooperativo que cumple totalmente con los tres ejes de la estrategia de Contraloría. En primer lugar, es innovador, porque aplica la economía del comportamiento y es algo único, por lo menos en el caso de una entidad fiscalizadora superior. En segundo lugar, va a ocasionar un impacto, porque permitirá cuantificar y mejorar el nivel de observaciones a las entidades auditadas. En tercer lugar, permite estar en conexión con dichas entidades y sus realidades, puesto que, hay casos donde es más complejo alcanzar a solventar las observaciones, por ello también hay que estar conectados con esa realidad.

Exposición de Julio Bacio Terracino[2]

El informe que se presenta es sobre la aplicación del enfoque conductual a los procesos de la auditoría externa de la Contraloría General, en vista a mejorar su impacto y es, como se dijo antes, producto de una larga cooperación con la Contraloría General de la República de Chile.

El papel de las entidades fiscalizadoras superiores en la promoción de la buena gobernanza ha evolucionado en las últimas décadas. Pasó de actividades esencialmente orientadas al cumplimiento a un papel encaminado a comprender y mejorar la actuación de los gobiernos para cumplir con los ciudadanos. En el contexto de las crisis que vivimos el día de hoy: crisis sociales, democráticas, económicas y ambientales, los gobiernos deben garantizar que los recursos públicos se utilicen de manera eficiente y eficaz.

Los múltiples desafíos que estamos viviendo suponen nuevos retos para las entidades fiscalizadoras y éstas se deben cuestionar permanentemente para seguir modernizándose, adaptándose y cambiando para enfrentar estos retos y así asegurar su impacto.

La Contraloría General de la República de Chile, es un ejemplo de una entidad fiscalizadora que se moderniza y se adapta desde hace varios años y, como lo dijo el contralor, verdaderamente pionera. Una vez más, debo resaltar que también fueron pioneros en su momento y, nuevamente, en este caso, con un estudio que en la OCDE no hemos realizado con ninguna otra entidad fiscalizadora hasta el momento.

---

2 Jefe de la División de Integridad-Sector Público OCDE.

En base de ello, detectar hallazgos y así luchar contra la impunidad sigue siendo un objetivo importante. Sin embargo, un papel más transformador consiste en apoyar a la Administración y generar cambios sostenibles en su gestión, para así mejorar la prestación de servicios públicos y cerrar debilidades estructurales que abren puertas a la corrupción y al mal uso de fondos públicos. Ante esto, es preferible prevenir que curar cuando hablamos de corrupción y las entidades fiscalizadoras pueden apoyar a las Administraciones públicas a mejorar y a generar el impacto deseado por los ciudadanos y así reforzar la confianza en las instituciones.

De hecho, durante las últimas dos décadas, la Contraloría ha llevado a cabo varias iniciativas encaminadas a transformar su tradicional papel fiscalizador hacia un rol más colaborativo, que busca apoyar a las organizaciones públicas en la mejora de sus procesos y servicios. En esta búsqueda de mejora permanente para encontrar soluciones innovadoras, hemos colaborado con la Contraloría en la aplicación del enfoque conductual para mejorar el nivel de aceptación de sus informes de auditoría.

Por otro lado, la recomendación sobre integridad pública de la OCDE, que es lo que nosotros llamamos el estándar de integridad, le da un rol clave a las entidades fiscalizadoras en el sistema de gobernanza y de integridad. Este estándar de la OCDE también hace énfasis en que el enfoque de integridad pública tenga en cuenta el contexto, utilice un enfoque conductual y de gestión de riesgo. Asimismo, hace especial énfasis en la necesidad de crear una cultura de integridad en la sociedad en su conjunto y no solo en la Administración pública. Más que las leyes, son las prácticas las que generan cambios, las conductas, y es, en esa perspectiva conductual y de cambio de prácticas, que hemos aplicado juntos este proyecto. De hecho, con el fin de reforzar el impacto de las políticas públicas se está recurriendo cada vez más a los conocimientos que provienen de las ciencias del comportamiento o las ciencias conductuales, las cuales nos permiten mejorar nuestra comprensión de la forma en que los sesgos cognitivos y las dinámicas sociales moldean las decisiones y el comportamiento de las personas. Es un enfoque innovador, realista y riguroso que implica identificar las conductas relevantes de los actores, analizar estas conductas en detalle y encontrar caminos para inducir cambios. Aunque la consideración de los factores psicológicos en la auditoría en general, así como en los campos relacionados con las finanzas, la contabilidad o la aplicación de la ley, no es nueva, este trabajo que desarrollamos aquí juntos es la primera aplicación sistemática de esta perspectiva conductual en el mundo de las entidades fiscalizadoras superiores.

El proyecto parte del hecho de que los informes de auditoría son el principal vehículo, a través del cual la Contraloría puede impulsar cambios hacia la mejora en la Administración. Sin embargo, dicha institución observó un cierto estancamiento del nivel de ejecución de las observaciones de auditoría, a pesar de los varios esfuerzos realizados en mejorar esta implementación por parte de las entidades auditadas.

A partir de ello, hemos aplicado juntos el enfoque conductual, primero para entender mejor los aspectos de comportamiento que pueden socavar un seguimiento oportuno de las observaciones de auditoría y segundo para proponer acciones concretas de progreso, contribuyendo así a implementar o a complementar la búsqueda de mejora permanente y de modernización de la Contraloría.

Ahora bien, quisiera resaltar algunos aspectos claves que surgieron como hallazgos:

- En primer lugar, la cantidad de observaciones contenidas en los informes de auditoría puede provocar fatiga en la toma de decisiones. Es lo que nosotros llamamos una carga cognitiva y que puede tener como consecuencia una actitud negativa hacia la auditoría por parte de las entidades auditadas. La gran cantidad de observaciones también puede impedir una visión más estratégica sobre las debilidades estructurales subyacentes al perderse en detalles. Tal como afirmó un auditor de la Contraloría, al realizar el proyecto, deberíamos diagnosticar la enfermedad y no solo describir los síntomas.

- En segundo lugar, se observa una cierta percepción de injusticia por parte de las entidades auditadas. Junto con deficiencias en la comunicación entre los auditores y los auditados, esto puede socavar la voluntad de abordar los resultados de la auditoría.

- Finalmente, el trabajo también resaltó que se percibe que los jefes de servicio y los funcionarios de las entidades auditadas a veces muestran un bajo nivel de interés, un bajo nivel de apropiación e inclusive un bajo nivel de motivación con respecto a los resultados de la auditoría.

Producto de un análisis detallado de estos hallazgos, el informe sugiere revisar y complementar algunos procedimientos y prácticas de la Contraloría para mejorar la implementación de las observaciones de los informes. Las medidas propuestas en el informe están bajo el control de la Contraloría, son complementarias y tienen como objetivo lograr un impacto en tres niveles:

1. En primer lugar, el impacto podría lograrse a través de medidas que busquen mejorar la relación entre el auditor y el auditado, aumentando las interacciones entre ellos y haciendo que sean más constructivas. La Contraloría podría seguir promoviendo un cambio cultural interno hacia actitudes más solidarias con los auditados. Sin embargo, a pesar de que los servicios auditados ya perciben mejoras en las conductas de los auditores de la Contraloría, aún persiste, a menudo, la idea de que un buen auditor debe producir informes largos, muy técnicos, con muchos hallazgos y observaciones. También es común la idea de que un auditor debe tener una actitud rígida, severa e inflexible. No obstante, si el objetivo es generar cambios en la Administración pública este tipo de conductas pueden ser contraproducente.

2. En segundo lugar, las medidas orientadas a la redacción y comunicación de los informes de auditoría podrían contribuir a mejorar su asimilación. En particular, esto requiere una revisión de la forma en que se redactan los informes y las observaciones, los cuales deben ser más simples, más estratégicos y menos técnicos, prestando debido cuidado a no coadministrar. Asimismo, los informes podrían incluir recomendaciones sobre posibles acciones correctivas.

3. En tercer lugar, la Contraloría podría permitir una mejor planificación por parte de las entidades auditadas introduciendo cierta flexibilidad con los plazos y haciendo un seguimiento de los avances ya logrados para hacer frente a la frustración que se puede sentir cuando no se reconocen los esfuerzos para la mejora aun cuando no se han logrado abordar todas las observaciones.

Para cada nivel, el informe que se presenta recomienda algunas acciones concretas que se pueden implementar. De hecho, la OCDE en este momento está apoyando el diseño de un piloto de dos medidas muy concretas relacionadas al informe. Por una parte, una reunión entre la Contraloría y los servicios auditados antes de iniciar el proceso de seguimiento para ayudar a explicar los resultados de la auditoría, reducir la carga cognitiva y ofrecer vías para tomar medidas correctivas. Por otro lado, introducir cierta flexibilidad en los plazos que tienen los servicios para implementar acciones correctivas.

Para concluir, como pueden ver el informe pone de manifiesto a los auditores y a los auditados en Chile, sus percepciones, actitudes y conductas para ofrecer recomendaciones concretas sobre cómo la Contraloría puede promover una mejor asimilación de sus informes, especialmente pasando de auditorías centradas en la detección de irregularidades a auditorías que buscan orientar a la Administración pública.

Exposición de María de los Ángeles Donoso Rivas[3]

Respecto del impacto, es posible señalar que, en términos conceptuales, es la consecuencia del efecto de un proyecto. Pero ¿qué es lo que Contraloría determina como impacto? El impacto, en términos simples, podría ser lo que se espera conseguir a través de las fiscalizaciones, es decir, es el objetivo o el cambio que se quiere introducir en las entidades auditadas. Respecto del impacto, existe una cierta disyuntiva, ¿qué es impacto versus resultados? El resultado es lo que se tiene cuando se presentan los productos de fiscalización, los cuales son diversas acciones, actividades u observaciones levantadas, pero ¿es lo mismo que el impacto?, o sea, ¿a través de los resultados se está produciendo impacto en los productos de la Contraloría?

3 Jefa de la Unidad de Coordinación Nacional de Seguimiento y Apoyo al Cumplimiento, División de Auditoría, Contraloría.

Los resultados son el efecto inmediato que se tiene de los procesos de fiscalización de la Contraloría y son: la identificación de las debilidades de los procesos críticos; el fortalecimiento de la percepción o sensación de control, entendiendo que las instituciones reconocen a la Contraloría como la entidad fiscalizadora que revisa sus procesos; el inicio de los distintos procedimientos tendientes a perseguir las eventuales responsabilidades administrativas, civiles y penales a través de las diversas instancias existentes como los procedimientos disciplinarios, los juicios de cuenta y las eventuales derivaciones al Ministerio Público; y, en último lugar, tenemos la atención de requerimientos de la ciudadanía. En ocasiones, las fiscalizaciones de la Contraloría responden a las exigencias de estos actores importantes dentro de nuestro país, en materias como educación, salud, vivienda y todos aquellos asuntos que puedan ser de interés para ellos.

Pero ¿cómo se quiere medir el impacto a largo plazo? Por medio de los procesos de fiscalización o diagnóstico, se espera que la entidad tome esto como un insumo, lo analice, y mediante ese mismo análisis, cree e implemente acciones que puedan corregir esas situaciones, para que posteriormente tenga una evaluación de sus procesos. Todo lo anterior, enmarcado en un proceso de mejora continua de los mismos.

¿Qué es lo que espera alcanzar en el largo plazo? Se espera fortalecer los procesos internos de la Administración del Estado, que permitan mejorar las prestaciones y servicios que se entregan a la ciudadanía. Además, como se señaló anteriormente, aumentar la confianza en las instituciones públicas.

¿Qué ha realizado la Contraloría? Algunos ejemplos asociados a los objetivos estratégicos:

a) En cuanto a innovar, se han desarrollado sistemas informáticos para un control efectivo, como: el sistema de declaración de intereses y patrimonio; el sistema de rendición de cuentas; el sistema de auditoría interna, concebido como un apoyo importante a la labor efectuada por los auditores internos en las distintas entidades; el sistema de seguimiento y apoyo de la Contraloría General, el cual es canal de comunicación de las respuestas de los informes finales. También se ha incorporado el análisis de datos en la gestión y funciones de control, actualmente se están ejecutando auditorías basadas en análisis de datos que implica tener una mayor cobertura respecto de lo que se está analizando.

b) En relación con el eje de conectar, se tiene una participación permanente de la ciudadanía, a través del Consejo de Organizaciones de la Sociedad Civil - COSOC, el cual es un insumo importante respecto de sus sugerencias de fiscalización, donde eventualmente se pueden enfocar los recursos de la Contraloría. Asimismo, se cuenta con la coordinación y comunicación

permanente con los auditores internos, a través de las distintas instancias que se tienen, ya sean reuniones u otras actividades.

c) En el eje impactar, la planificación continua, flexible y focalizada en las áreas clave de la Administración del Estado, pensando siempre los temas atingentes y los requerimientos de la ciudadanía. Es conocido que hay temáticas que son más urgentes que otras y también dependiendo de las circunstancias del país, tenemos que ir adaptando nuestra planificación a esas situaciones. De igual forma, los programas de apoyo al cumplimiento han sido creados como una herramienta para apoyar mediante los procesos de fiscalización de la Contraloría General a las entidades en la mejora de sus procesos internos.

Finalmente, ¿qué falta por hacer? Respecto del proyecto desarrollado con la OCDE, si bien existen bastantes resultados a nivel inmediato, falta trabajar en el impacto, para eso, se determinaron ciertas circunstancias importantes y fundamentales. En primera instancia, cambiar la mentalidad de los equipos de auditoría, que entiendan que las fiscalizaciones no son simplemente hacer presencia en las entidades, sino que es generar un cambio y mejora continua en los procesos de las instituciones. En segundo lugar, se requiere modificar el pensamiento de los auditados, que ellos comprendan que las fiscalizaciones de la Contraloría no son una sobrecarga de trabajo, sino que son una oportunidad importante para determinar cuáles son las áreas en las que tienen que enfocar sus esfuerzos y mejorar sus procesos. El tercer pilar, es cambiar el juicio o razonamiento de los denunciantes, como lo señalaban las cifras de la cuenta pública del año 2021, se recibieron 33.961 denuncias, lo cual es una tremenda cantidad de antecedentes, pero, en este punto, se necesita mejorar la comunicación con ellos para que los datos que aportan sean de mejor calidad, que impliquen que se realicen investigaciones y fiscalizaciones más atingentes y asociadas a la mejora de los servicios.

ESTEVE PARDO, J. (2021). «PRINCIPIOS DE DERECHO REGULATORIO. SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL Y REGULACIÓN DE RIESGOS». MARCIAL PONS

Juan Carlos Ferrada Bórquez[1]

Uno de los grandes aciertos —aunque no el único— del libro cuyo comentario realizo en estas líneas, es explicar el denominado «derecho regulatorio» bajo las categorías y principios del derecho administrativo. Así, en las primeras páginas del texto, el profesor Esteve Pardo (2021) declara «el derecho regulatorio ha de considerarse como parte integrante del derecho administrativo» (página 33), señalando a continuación las razones materiales y formales que justifican este aserto (páginas 33-35).

Esto permite al lector un acercamiento rápido y a paso firme a los principales problemas y desafíos de esta materia, armado del buen aparato conceptual que otorga esta disciplina jurídica, sin necesidad de recurrir a categorías extrañas y desconocidas para los juristas, de dudoso origen y que a menudo carecen de rigor científico, ocultando la mayoría de las veces una falta de manejo de categorías básicas del derecho público, bajo una supuesta mirada «holística» de los problemas jurídicos.

Al contrario, el profesor Esteve Pardo, con su habitual claridad y erudición, y con un gran manejo de los conceptos, categorías y fuentes del derecho público europeo, expone los principales tópicos de la regulación económica, tanto en el ámbito de la regulación de servicios económicos de interés general y de riesgos. Así, a partir de una explicación inicial de las características generales del derecho regulatorio, tomando como referencia su proceso de formación, analiza las fuentes de este derecho y los sujetos.

En esta primera parte, el texto es muy valioso en precisiones conceptuales y en explicaciones de instituciones y técnicas del derecho regulatorio presentes tanto en el ámbito europeo como norteamericano, lo que pone al lector en condiciones de comprender los problemas y desafíos que impone esta materia. Se podría

1 Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso.

decir, parafraseando a Isaac Newton, que en estas primeras páginas el autor nos pone sobre los hombros de un gigante, lo que nos permite entender esta temática y observar su desarrollo desde una perspectiva sistémica.

Adicionalmente, esta primera parte, como ya se adelantó, analiza con especial claridad las fuentes del derecho regulatorio y sus singularidades, dando cuenta de algunos fenómenos muy actuales y relevantes, como son la autorregulación y la globalización. En este último ámbito, el autor destaca la aparición y cada vez mayor presencia del «derecho administrativo global», cuyo contenido descansa en normas emanadas de comités y organismos internacionales privados que impactan cada vez con mayor frecuencia en las autoridades regulatorias nacionales (página 82).

Cierra esta primera parte del libro un estudio sobre los sujetos del derecho regulatorio, partiendo por los operadores de los mercados regulados, pero acometiendo luego un estudio sucinto, pero muy completo, de los reguladores, del fundamento de sus potestades regulatorias y la evolución que han tenido aquellos en Europa. En este punto hay una especial atención a las denominadas «autoridades administrativas independientes», analizando su independencia y neutralidad y su encaje constitucional en los Estados democráticos de derecho (páginas 97-111).

La segunda y tercera parte del libro las dedica el autor al estudio más específico de la regulación de los servicios económicos de interés general y la regulación de riesgos, respectivamente. Así, a partir del análisis de las técnicas empleadas en cada ámbito regulado, el profesor Esteve Pardo explica, por un lado, cómo se garantizan los intereses generales perseguidos con la regulación, poniendo a la competencia como uno de los objetivos/ejes de esta regulación económica. Por otro lado, estudia las características de la regulación de los riesgos, distinguiendo las fases de decisión y gestión y la responsabilidad asociada a la gestión del propio riesgo. En este último punto, vale la pena destacar el breve análisis que realiza el autor del principio de precaución, destacando su origen y funcionalidad, pero también sus presupuestos y modulación, situando este principio en una perspectiva más amplia que la mera y simple prohibición o limitación por incertidumbre (páginas 193-199).

La cuarta parte del libro el autor la dedica al estudio del control judicial en el derecho regulatorio. Aquí el profesor Esteve Pardo, a partir de la reafirmación de los principios clásicos de legalidad y control judicial, analiza el contenido, la instancia y el ámbito o alcance de este control en relación a la actividad desplegada por las agencias y autoridades regulatorias. Así, por un lado, el autor sostiene —como no podría ser de otra manera en un Estado constitucional de derecho— que los órganos reguladores están sometidos al pleno control judicial, no pudiendo existir exenciones o excepciones en esta materia. Sin embargo, por otro, precisa la intensidad y alcance de las facultades de los tribunales

en este control judicial, delimitando su ejercicio principalmente a aspectos competenciales y procedimentales y reconociendo, al mismo tiempo, un ámbito de discrecionalidad a los órganos reguladores, sin perjuicio de las técnicas de reducción de esta que ha ido creado la doctrina y jurisprudencia.

No puedo dejar de confesar que esta última parte me ha despertado un especial interés y motivación, ya que aborda con claridad y sencillez el complejo tema de la relación entre la actividad administrativa y el control judicial, especialmente cuando esa actividad deriva de órganos especializados con un conocimiento experto relevante. En este punto es muy importante la delimitación conceptual entre las funciones constitucionales asignadas a unos y otros —administración y jueces—, y las competencias específicas atribuidas por el legislador a los órganos reguladores y la forma de ejercerlas, correspondiendo a los tribunales solo revisar la legalidad de su actuación, pero no la sustitución de la decisión administrativa. Aquí el juicio de razonabilidad parece como una técnica que opera con especial relevancia, como destaca el autor (páginas 219-221), ya que lleva al tribunal a aceptar como correctas diversas soluciones —y no una única solución justa—, razonables todas, por cierto, debiendo el tribunal aceptar la solución concreta que adopta la autoridad administrativa, en la medida que cuenta con la habilitación legal para ello.

Como podrá apreciar el lector, el texto del profesor Esteve Pardo es intenso y completo, pero curiosamente no extenso y complejo, ya que, en relativamente pocas páginas y en un lenguaje claro, aborda las principales cuestiones del derecho regulatorio, dando un panorama general sobre la materia, pero también abordando, aunque sea brevemente, algunos de los problemas más relevantes en este ámbito. En este sentido, el texto supera sin duda su título «Principios de derecho regulatorio», pero es difícil encontrar otro que refleje con mayor precisión su contenido, profundidad y aporte a la disciplina.

Finalmente, es probable que el comentario realizado en estas breves líneas pueda ser calificado por algunos de poco objetivo. Lo acepto. Pero ello se debe a que la sencillez, amabilidad y generosidad del profesor Esteve Pardo son características difíciles de separar de su gran trabajo académico, sobre todo para quienes hemos tenido el privilegio y el placer de conversar largamente de literatura, política y de la vida en general, lo que incluye también, por cierto, de derecho administrativo.

PEÑA Y LILLO DELAUNOY, C. (2021). *DERECHO PROCESAL AMBIENTAL*. THOMSON REUTERS

Pablo Miranda Nigro[1]

Si bien el derecho ambiental es una de aquellas áreas que, dentro de la doctrina jurídica, recibe con cierta regularidad aportes científicos, resulta prudente tomarse un tiempo para estudiar el enfoque procedimental a través del cual nuestra legislación hace efectivo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En esta oportunidad, la invitación estaba hecha, teníamos a la mano un ejemplar que prometía mucho por su título y merecía ser analizado con detención, ya que nadie hasta la fecha se había dado el tiempo de escribir en profundidad sobre las formas en que se desarrolla el derecho ambiental sustantivo ante la judicatura ambiental especializada en Chile, como para dedicarle un tomo completo al análisis de sus pormenores.

El texto de más de quinientas carillas, en el que se esmeró Cristián Peña y Lillo, se nos plantea como una revisión estructurada a los remedios procedimentales que la institucionalidad ambiental provee para resolver los conflictos socioambientales tanto con la Administración como entre particulares. Esta cuestión es de gran relevancia, considerando que la mayoría de los análisis en el área tocan cuestiones sustantivas, sin estar destinados hacia la orientación técnica del operador del aparato jurisdiccional del ramo. En consecuencia, el manual será una valiosa herramienta para la comprensión o consulta específica de temas significativos en el desarrollo de la judicatura ambiental. Esto, me atrevo a señalar, implica que la obra es apta para todo público, dado el carácter catedrático que la empapa, lo que es coherente con el conocimiento especializado del tratadista y su grado de magíster en Derecho Ambiental. Por lo anterior, el presente libro no tan solo será idóneo para el que tenga interés en impregnarse o profundizar aspectos adjetivos, sino también para aquellos asesores que requieran dar enfoques proyectándose en los pormenores de casos de importancia que han sido refrendados a través del exquisito trabajo de su autor.

1 Abogado, master of Laws del Washington College of Law, exministro suplente abogado del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, primer relator del Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta.

En lo que al operador jurídico interesa, su autor analiza de forma adecuada los aspectos procedimentales mediante los cuales se sustenta la resolución de los conflictos socioambientales al tenor de la ley Nº 20.600, entregando una aproximación sistemática que resulta necesaria para cumplir el objetivo de ser un texto de consulta frecuente y, al mismo tiempo, expone postulados con prolijidad sobre el desarrollo procedimental del área. En ese sentido, puede visualizarse el enfoque procesal del tratado, que va desde lo orgánico a lo funcional en términos conceptuales —según alguna vez distinguió el destacado profesor Casarino Viterbo y otros especialistas en la otrora época de la conceptualización del derecho procesal—, teniendo también toques precisos de doctrina y pertinentes citas a jurisprudencia destacada actualizada, cuestiones que sin duda aportan generosamente a la comprensión de los temas estudiados.

En las primeras páginas, luego de la presentación que realiza el afamado profesor costarricense Mario Peña Chacón y del prólogo que le dedica el maestro argentino Néstor Cafferatta, pueden apreciarse los primeros enfoques en lo que Peña y Lillo entiende como importante para el lector que comienza su inmersión en el área. Se le invita a reflexionar sobre las nociones y elementos de la justicia ambiental, que serán la llave para poder abrir las puertas siguientes que se expondrán en el desarrollo de la obra. Cabe destacar que lo anterior lo logra de manera inteligente, tomando cuestiones fundamentales y problemáticas actuales, que ordena para que sirvan de base a la exposición sistemática que postula el texto.

Dada su relevancia, amerita una mención especial la parte que se refiere a las bases del derecho procesal ambiental, la que es la piedra angular de esta inaugurada rama. El autor pasa de un respetuoso repaso a la conceptualización clásica de la matriz procesal en nuestro sistema, para luego presentar al derecho procesal ambiental conceptualmente relacionándolo con la institucionalidad ambiental, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, el desarrollo sostenible y los medios que el legislador ambiental dispuso para su cautela. De esta forma, gracias al abordaje serio y dedicado que el tratadista realiza sobre su conceptualización, la obra aporta luces claras sobre la consolidación de la materia como una rama pública, instrumental, autónoma y social. Esta última característica del derecho procesal ambiental que nos muestra Peña y Lillo es de capital importancia, pues, a través suyo, es posible explicar la intervención oficiosa del órgano jurisdiccional en el desarrollo del proceso y la tutela de los derechos supraindividuales a su cargo.

No podría hablarse de derecho procesal ambiental sin referirse a la forma en que orgánicamente se desarrolla la jurisdicción especializada y, en este caso, el autor lo hace de una forma práctica, en la cual revisa lo que han significado más de nueve años de vigencia de la ley Nº 20.600, que crea los tribunales ambientales, partiendo desde los sucesos previos a su creación, su posterior conceptualización, sus características, conformación y funcionamiento. Es

de destacar que, hasta la fecha, según mi opinión, no existen otras obras que traten con profundidad material este tema, por lo que, en cuanto al desarrollo doctrinario del área, esta resulta de igual forma ser valiosa para nutrir aspectos que a más de un lector le quedaron pendientes.

Continuando con lo que sería materialmente útil para el operador, la obra desarrolla de lleno la competencia contenciosa administrativa de los tribunales ambientales planteada en los numerales del artículo 17 de la ley Nº 20.600, por medio de los cuales estos conocen las reclamaciones de ilegalidad de determinados actos administrativos y normas dictadas por el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros y otros organismos del Estado con competencia ambiental. Además, analiza la competencia contenciosa para obtener la reparación por daño ambiental y la participación que los tribunales realizan de forma preventiva y previa consulta respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la Superintendencia del Medio Ambiente, recogiendo de manera precisa los pormenores que pueden generar dudas en la práctica. Tal cuestión refleja el trabajo dedicado del autor, ya que, para basar su desarrollo, toma diversas referencias a casos que el lector podrá consultar para apoyarse de forma ilustrativa.

Tal como habíamos indicado anteriormente, dentro de las bondades de la obra podemos apreciar la destacada caracterización que realiza el autor del derecho procesal ambiental como orgánico y funcional. Lo primero, relacionado con el estatuto jurídico de la ley Nº 20.600 y lo segundo comprende las cuestiones sustantivas elementales que nutren la doctrina inculcada en las cátedras de los procesalistas del siglo pasado, pero gracias a la sutileza del académico, podemos notarlo con nociones claras de los conceptos vigentes que son de plena aplicación a la materia. Lo anterior demuestra las justificadas credenciales de Peña y Lillo, quien, haciendo gala de estas, plantea con habilidad aspectos que servirán para nutrir la doctrina especializada y serán material de estudio para los neófitos del nicho.

A mayor abundamiento, el autor nos ofrece un recorrido por tópicos que antes de su obra parecían áridos: normas sobre disposiciones comunes, un destacable título completo dedicado a los orígenes y la intervención procesal de los *amici curiae*, principios, incidentes, medidas cautelares, algunas menciones sobre la valoración de la prueba y el contenido de las sentencias.

Luego, a la altura de los mejores manuales jurídicos, nos encontramos con un apartado completo orientado al desarrollo de los procedimientos seguidos ante los tribunales ambientales, en que el autor trata asuntos de significativa importancia. De esta forma, recorre la reclamación jurisdiccional, identificando con inteligencia sus distintas fases y realiza un correcto diagnóstico sobre cómo se sustancian ante la judicatura ambiental los reclamos frente a una decisión de

la Administración. Por supuesto, el tratadista desarrolla con generosa extensión la forma en que se tramita la demanda de reparación por daño ambiental –repasando cuestiones procedimentales esenciales, como los requisitos formales del libelo y la etapa probatoria–, para continuar con una importante reflexión sobre el principio de indemnidad y referirse con precisión a la etapa de sentencia. Asimismo efectúa algunos comentarios sobre la prescripción.

Considerando lo expuesto anteriormente, podemos indicar que el libro de Cristián Peña y Lillo en sus 545 páginas cumple con creces la expectativa que nos crea su título: conceptualiza el derecho procesal ambiental con eficiencia, inaugurando y dotando de contenido un área que parecía estar esperando un pionero que se aventurara a explorarla y compartirla con el resto. Es de mi parecer, indicar que esta obra servirá como herramienta de consulta obligatoria y, si la recepción lo permite, como material de formación para las futuras generaciones que compartan el interés en el área.

Nº 7 · PRIMER SEMESTRE · 2022

cea
Centro de Estudios de la Administración del Estado

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
26-III-1927
CHILE

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

Editorial

Artículos

Gajardo Pacheco, Manuel Emilio: De una autoridad sanitaria «a pesar de las personas» hacia una «para las personas». Bases para redefinir la gobernanza de la autoridad sanitaria en materia fiscalizadora y sancionadora.

Sepúlveda Salgado, Jean Paul: Descentralización fiscal en Chile: debate y urgencia desde la región de La Araucanía .

Venegas Vilches, Cristóbal Felipe: Una observación sobre la obligación de oír al órgano recurrido en el recurso jerárquico, contenida en el artículo 59 de la ley Nº 19.880.

Artículo internacional

Gómez Márquez, Carlos y Ávila Rodríguez, Edgar: Innovaciones ante la pandemia de la COVID-19 en las entidades fiscalizadoras superiores: mapeo de mejores prácticas y lecciones aprendidas.

Boletines de la Contraloría General de la República

Boletín jurídico. Primer semestre 2022.

Boletín financiero-contable. Primer semestre 2022.

Actualidad

Coloquio: Protección de los servidores a honorarios en la Administracion Pública.

Seminario: Presentación del informe fortaleciendo la labor fiscalizadora de la Contraloría.

Recensiones bibliográficas

Ferrada Bórquez, Juan Carlos: Esteve Pardo, J. (2021). «Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos». Marcial Pons.

Miranda Nigro, Pablo: Peña y Lillo Delaunoy, C. (2021). «Derecho procesal ambiental». Thomson Reuters.