

DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE DESTITUCIÓN. SU REVISIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DELEGATION OF THE POWER OF REMOVE A PUBLIC OFFICIAL. ITS REVIEW BASED ON THE JURISPRUDENCE OF THE GENERAL COMPTROLLER OF THE REPUBLIC

Patricio Ponce Correa¹

Resumen

La delegación administrativa es un instituto de ordinaria ocurrencia al interior de la Administración del Estado, pese a lo cual presenta un escaso desarrollo legal y dogmático en Chile. Por ello, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República cobra una especial importancia en orden a esclarecer el contenido y límites de esta figura.

Más relevante se vuelve su análisis en lo que respecta a la potestad de destituir, pues esta última es una atribución que el legislador ha entregado específicamente a aquella autoridad facultada para efectuar el nombramiento, otorgándole así un tratamiento diverso al de otras medidas sancionatorias en el ámbito disciplinario.

El presente trabajo busca identificar las principales líneas jurisprudenciales en esta materia, a fin de rescatar las precisiones que, a partir de la labor interpretativa desarrollada por el órgano contralor, permiten determinar algunos elementos propios de este instituto en relación a la potestad de aplicar una medida expulsiva, así como también, las incógnitas que surgen luego de dicha revisión.

Palabras clave: delegación administrativa – destitución – jurisprudencia administrativa – Contraloría General de la República

1 Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Universidad de Tarapacá; licenciado y magíster en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Tarapacá; y doctorando en Derecho de la Universidad de los Andes.

Abstract

The administrative delegation is an institute of ordinary occurrence within the State Administration, despite which it presents little legal and dogmatic development in Chile. For this reason, the jurisprudence of the Comptroller General of the Republic takes on special importance in order to clarify the content and limits of this figure.

More relevant is to analyze the delegation of the power to remove a public official, since the latter is an attribution that the legislator has specifically granted to that authority empowered to make the appointment. This implies a different treatment from other sanctioning measures in the disciplinary field.

This work seeks to identify the main jurisprudential lines in this matter, in order to rescue the details that, based on the interpretive work carried out by the comptroller body, allows to determine some elements of this institute in relation to the power to apply a dismissal, as well as the open questions which arise from that review.

Keywords: administrative delegation – removal of public officials – administrative jurisprudence – Comptroller General of the Republic

1. Aspectos preliminares

La delegación administrativa, entendida como una transferencia temporal, específica y revocable del ejercicio de determinadas potestades, o de la sola facultad de firmar, que realiza una autoridad o jefatura administrativa a un órgano o funcionario de su dependencia, es un instituto de ordinaria ocurrencia al interior de la Administración pública para la mejor gestión de los respectivos organismos².

Se trata de un mecanismo por el cual la autoridad llamada legalmente a ejercer una cierta atribución o función confía su ejercicio, o la suscripción formal del acto jurídico que la materializa, a un funcionario u órgano de su dependencia, con lo que modifica el orden natural de competencias al interior de la dicha entidad. Por esta razón, ha sido calificada como una técnica de alteración competencial administrativa (Cordero Vega, 2015, p. 200).

2 De acuerdo a una revisión de datos efectuada a partir la base de datos de la Biblioteca del Congreso Nacional, se puede advertir que solo durante el transcurso de 2020, al mes de octubre se han publicado en el Diario Oficial más de 100 resoluciones delegatorias emitidas por órganos de la Administración del Estado, referentes a diversas materias, entre delegaciones de potestades y de firma.

Su propósito es habilitar al delegado para dictar un acto productor de efectos jurídicos directos y no de naturaleza material. Si lo confiado es el desarrollo de una actividad material o meramente protocolar, entonces se estará en presencia de otras figuras, como la encomendación o la comisión (Parejo Alfonso, 2018, p. 295). Lo delegado es «el ejercicio de ciertas, precisas y determinadas atribuciones jurídicas» (Soto Kloss, 1989, p. 126).

La delegación administrativa ha operado en el sistema chileno caracterizada por su verticalidad y unidireccionalidad, de modo que la dependencia del delegado es una condición indispensable. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, como el español, en que la delegación de potestades procede también de manera horizontal, a la vez que sujeta a flujos tanto descendientes como ascendientes (Parejo Alfonso, 2018, p. 293).

En virtud del principio de juridicidad, la ley es entendida como la norma atributiva natural de competencia, por ello se ha sostenido que la facultad de delegar requiere de una habilitación legislativa previa y expresa (Soto Kloss, 1989, p. 118). Consiguientemente, se ha llegado a caracterizar el acto delegatorio como extraordinario, pues el ejercicio de potestades sería, en principio, indelegable (Caldera Delgado, 2001, p. 288).

Más allá de la hipótesis de delegación de firma de los decretos supremos simples prevista en el artículo 35 de la Constitución y al margen de las normas especiales incluidas en algunas leyes orgánicas de entidades administrativas; lo cierto es que el tratamiento normativo general de la delegación administrativa queda reducido a las disposiciones de la ley N° 18.575 y, en específico, de su artículo 41.

Ahora, si bien este artículo está incorporado en el título II «Normas especiales», cuyo ámbito de aplicación excluye a una serie de organismos —como la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública—; se ha concluido que resulta igualmente extensivo a tales entidades, en tanto contiene «principios generales del derecho administrativo chileno» (Soto Kloss, 1989, p. 122).

De esta forma, es a partir del artículo 41 de la ley N° 18.575 que se coligen las características generales de la delegación administrativa en el sistema chileno: especificidad, exteriorización formal, verticalidad, dependencia del delegado, revocabilidad, publicidad, inavocabilidad particular y responsabilidad.

La doctrina nacional suele distinguir dos clases genéricas de delegación administrativa: de potestades —atribuciones o funciones—³ y de firma (por

3 Conviene advertir que nos referiremos en adelante a esta clase de delegación como «delegación de potestades», pues, siguiendo en esta materia a Soto Kloss (1989), entendemos que el objeto de la delegación es la transferencia del ejercicio de «poderes jurídicos finalizados» (p. 115) y no de cualquier función que corresponda desarrollar a la autoridad administrativa.

ejemplo, Valdivia, 2018, p. 83). Si bien se suele añadir a estas la delegación de representación del artículo 35 de la ley N° 18.575 (por ejemplo, Celis Danzinger, 2019, p. 226), precisamos que el presente trabajo solo se referirá a las primeras, ya que no se enfoca en la actividad presidencial, sino en la alteración competencial al interior de la Administración del Estado⁴.

Por su parte, la destitución es la sanción de mayor gravedad en el ámbito disciplinario, pues supone la desvinculación del funcionario respectivo, lo que conlleva no solo la pérdida del empleo, sino también una afectación temporal de considerable extensión sobre su derecho fundamental a la libertad de trabajo y, especialmente, a la admisión a las funciones y empleos públicos.

De acuerdo al artículo 140 del Estatuto Administrativo, la aplicación de la medida de destitución se sujeta a una regla competencial especial, porque debe ser impuesta por la autoridad facultada para hacer el nombramiento, lo que comúnmente recae en el jefe superior del respectivo organismo. Esto nos sugiere que se trata de una atribución cuyo ejercicio se somete a una regla particular y, por ende, su delegación reconocería ciertos límites especiales.

2. Delegación administrativa y la precariedad del artículo 41 de la ley N° 18.575

Tal como adelantamos, al margen de algunas normas especialísimas, el estatuto general de la delegación administrativa está constituido por el artículo 41 de la ley N° 18.575. Ello da cuenta de una reducida regulación legal que, en nuestra opinión, denota gran precariedad, pues alberga una serie de inciertos y genera diversos conflictos al interior de la Administración ante la necesidad de precisar el contenido y límites de este instituto.

Pese a ello, es un tema que no parece despertar demasiado interés en la doctrina chilena. En la mayoría de los manuales y tratados de la disciplina, que abordan esta materia bajo la vigencia de la ley N° 18.575, no suele acaparar demasiadas páginas. Como excepción a lo anterior podemos mencionar la revisión jurisprudencial de Pallavicini Magnère (2012, p. 407), así como los trabajos monográficos de Soto Kloss (1989, pp. 115-147; 1993, pp. 1-6) y Quezada Rodríguez (2017, pp. 81-110).

4 La diferenciación entre los artículos 35 y 41 de la ley N° 18.575 ha sido abordada como una distinción relativa a la autoridad facultada para efectuar la delegación, referida la primera al Presidente de la República, y la segunda a los ministros, subsecretarios y jefes superiores de servicio (Boloña Kelly, 2010, p. 283).

Entre las dificultades que genera el artículo 41 ya mencionado, podemos indicar las siguientes:

2.1. No formula una distinción clara entre delegación de potestades y de firma

Dicha disposición parece dedicada a regular propiamente la delegación del ejercicio de potestades, pero en su inciso final incorpora la posibilidad de delegar la suscripción de instrumentos jurídicos bajo la cláusula «por orden de», sin llegar a precisar los límites y condiciones de esta última, a efectos de distinguirla de la primera.

Luego de situar su origen histórico específico en Chile a comienzos del siglo pasado, bajo el gobierno del presidente Pedro Montt, y trazar los diversos cambios normativos experimentados a lo largo del siglo XX, Soto Kloss (1993) advierte que el uso de la delegación de firma ha devenido en una forma «espuria» de delegación y parece una excepción a los principios establecidos en el propio artículo 41 (p. 1).

Casi tres décadas después, en lo que probablemente constituye la publicación más reciente que trata este tema, Celis Danzinger (2019) concluye que «al menos», es posible mencionar dos diferencias entre ambas formas de delegación administrativa: el contenido, toda vez que solo se transfiere la facultad de firmar «por orden de», y el régimen de responsabilidad (p. 229). Ello evidencia que la doctrina tampoco ha arribado a una delimitación precisa entre ambas figuras al día de hoy.

En nuestra opinión, esta falta de delimitación constituye un problema grave, porque la delegación de firma es de ordinaria ocurrencia al interior de la Administración, y ha operado por largo tiempo amparada en una suerte de confusión identitaria, entendida muchas veces como un tipo de delegación de mayor flexibilidad o menor intensidad.

Pero, ¿ofrece la delegación de firma una mayor flexibilidad o se sujeta a las mismas restricciones que la de potestades?, ¿difieren ambas en intensidad?, ¿es posible establecer una diferenciación teleológica entre ellas? Más importante aún ¿su contenido realmente es distinto o acaso el uso de la fórmula sacramental «por orden de» permitiría camuflar una verdadera delegación de potestades?, ¿cómo debe expedirse esa orden?, ¿existe una orden?

Concluye Soto Kloss (1993) que la delegación de firma se justifica en la medida que refiera a la firma de actos numerosos y de contenido idéntico o en serie, pero carecería de fundamento cuando se trate de un simple subterfugio para amparar una delegación propiamente tal y evitar así los efectos jurídicos de esta última (p. 6).

La Contraloría General ha sujetado la delegación de firma a límites similares a los de la delegación de potestades, pero lo ha hecho a propósito de la ley N° 18.695 y la voz «igualmente» que emplea el literal j) del artículo 63 de esa norma. De esta forma, ha interpretado que tanto la indelegabilidad que sobre ciertas materias prevé tal disposición como la especificidad que se exige al acto delegatorio resultan aplicables a esta otra clase de delegación administrativa.

...la autoridad edilicia puede, por una parte, delegar el ejercicio de sus atribuciones, con excepción de las establecidas en las letras c) y d) de la disposición antes indicada y, por otra, puede también delegar su facultad para firmar bajo la fórmula «por orden del alcalde» sobre materias específicas, delegación que también se encuentra afectada a la limitación previamente indicada...

...es importante reiterar que el alcalde no puede delegar esta facultad en términos genéricos, toda vez que para que ella opere válidamente es necesario que la delegación de firma de que se trate recaiga sobre materias específicas (dictamen N° 3.159, de 2000).

Como puede advertirse, la distinción entre delegación de potestades y de firma constituye un tema de difícil solución en nuestro sistema, cuestión esta última que surge a partir de la escueta regulación legal de ambas figuras. Ahora, en la aplicación de una medida destitutiva, ofrece un problema aún más complejo, pues se trata de la máxima sanción disciplinaria, cuya adopción exige un mayor estándar de certeza.

2.2. No establece límites materiales a la delegación administrativa

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la ley N° 18.695, que excluye ciertas materias de delegación, el texto del artículo 41 de la ley N° 18.575 no expresa límite alguno a este respecto. Así, se ha llegado a sostener que encierra una regla general de delegabilidad de las funciones administrativas (Quezada Rodríguez, 2017, p. 87), cuestión que se opone al carácter extraordinario de la delegación, sostenido por Soto Kloss (1989, p. 118) y especialmente por Caldera Delgado (2001, p. 288).

De la aplicación del principio de juridicidad, concluimos que los órganos administrativos no pueden atribuirse ni ejercer otras facultades que las que establecen la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella. Cada entidad debe ejercer por sí las atribuciones que la norma le confía y, para delegarlas, requiere entonces de una habilitación expresa. La función pública es, en principio, improrrogable (Silva Cimma, 1995, p. 90).

Misma conclusión puede desprenderse a partir de lo previsto en el artículo 61, letra a), del Estatuto Administrativo, conforme al cual las funciones deben desempeñarse personalmente, salvo delegación; así como el 84, letra a), de igual norma, que prohíbe a los funcionarios ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no estén legalmente investidos, a no ser que exista delegación. En ambos casos, esta aparece como una excepción y no una regla.

Empero, resulta patente que el texto del artículo 41 no dispone que la facultad de delegar excluya determinadas materias, en tanto otras normas especiales sí lo han hecho, como acontece, por ejemplo, con la ley N° 18.695 ya mencionada. Cabe preguntarse entonces, ¿el artículo 41 ha transformado la delegación en la regla y la indelegabilidad en la excepción?

El Tribunal Constitucional ha caracterizado la delegación como «una institución de excepción dentro del derecho público», de lo que deviene el carácter parcial del acto delegatorio, pues «solo puede referirse a materias específicas (sentencia rol N° 606, de 2006, considerando 12). La jurisprudencia de la Contraloría General también ha arribado a la misma conclusión:

...de conformidad con la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 2.575, de 2005, de este ente contralor, resulta menester precisar que las normas que rigen la delegación de facultades, al constituir un mecanismo de excepción en el derecho público, son de aplicación e interpretación estricta, sin que sea posible extenderlas ni aplicarlas de manera general, por lo que el delegatario solo puede actuar válidamente respecto de las materias que expresamente le han sido delegadas (dictamen N° 75.985, de 2010).

Con todo, más allá del texto del artículo 41 de la ley N° 18.575, por vía interpretativa, la jurisprudencia del ente contralor ha llegado a identificar algunas materias indelegables. Así, por ejemplo, ha estimado que la facultad de firmar por orden del Presidente de la República solo se extiende a los ministros de Estado y, por ende, no aplica respecto de otras autoridades:

Como es dable advertir de lo expuesto, la prerrogativa de firmar «por orden del Presidente de la República» los decretos relativos a las materias reguladas en el decreto N° 19, de 2001, ya citado, solo se extiende a los ministros de Estado, de manera que, tal como apunta la superintendencia requirente, tales disposiciones no resultan aplicables a esa entidad pública (dictamen N° 25.836, de 2010).

De la misma manera, ha interpretado que es indelegable la calidad de consejeros que tienen los ministros de Minería y de Defensa Nacional y el jefe del Estado

Mayor Conjunto para asistir a las sesiones del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre (dictamen N° 25.550, de 2018, aplicado por dictamen N° 8.927, de 2019).

En materia de función pública, ha estimado que la facultad de los jefes directos de precalificar sería indelegable:

...conforme al artículo 30 de la ley N° 18.834 y a los artículos 17, letra a), y 20 del decreto N° 1.229, de 1992, del Ministerio del Interior, la precalificación del personal afecto al Estatuto Administrativo debe ser efectuada por los jefes directos, por ser quienes están en mejores condiciones para conocer su desempeño al tener la tuición directa e inmediata del funcionario, cometido que, por ende, constituye una función inherente a esas jefaturas que no puede delegarse; especialmente si se considera que, por expreso mandato del inciso segundo del artículo 36 de la ley N° 18.834, esos servidores son responsables de la evaluación que efectúen (dictamen N° 25.141, de 1993).

Ahora, en lo que respecta a la facultad de destituir, el órgano contralor no la ha considerado indelegable y, por el contrario, ha validado su procedencia en diversos pronunciamientos. Por ejemplo, de ministro a subsecretarios (dictamen N° E30045, de 2020), de directores nacionales a subdirectores (dictamen N° 49.560, de 2011), de jefes superiores en directores regionales (dictamen N° 35.363, de 2017), de directores regionales a directores de hospital (dictámenes N°s. 81.864, de 2013; 27.652, de 2016; 43.670, de 2016; y 61.296, de 2016), entre otros casos.

2.3. No fija límites de extensión a la facultad de delegar

De la revisión de dicho artículo se desprende que la delegación es jerarquizada y descendente, pues siempre recaerá en un funcionario u órgano subalterno; procede dentro de una misma orgánica administrativa, esto es, opera «al interior de un único organismo» (Valdivia, 2018, p. 83).

La Contraloría ha resuelto que no procede delegación de un ministerio a un órgano descentralizado:

...devuelve decreto del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, porque no procede modificar, por su intermedio, el decreto N° 63, de 1983, del mismo ministerio, en la medida que implica delegar una función propia de esa secretaría de Estado, en la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, organismo descentralizado, cuyas funciones y atribuciones están expresamente señaladas en ley N° 18.410 (dictamen N° 12.159, de 1992).

Del mismo modo, se ha concluido que no se delega la facultad, sino su ejercicio, pues la competencia en sí se mantendrá radicada originariamente en el titular

(Soto Kloss, 1989, p. 127; Bermúdez Soto, 2014, p. 368). Por esta razón el delegante siempre quedará habilitado para revertir el acto delegatorio y avocarse el ejercicio de la potestad delegada; la delegación sería, entonces, esencialmente revocable, incluso sin expresión de causa (Soto Kloss, 1989, p. 138).

No obstante, la norma no precisa el grado de extensión que puede alcanzar la delegación, en otras palabras, si esta última debe recaer en el subalterno inmediato del delegante o este puede saltarse determinados órdenes jerárquicos para confiar el ejercicio de una determinada función en otra autoridad de inferior jerarquía.

Se ha sostenido que la delegación constituye expresión de una denominada «potestad organizatoria», consistente en la atribución que recae en determinadas autoridades administrativas para intervenir en la organización del servicio a su cargo (Quezada Rodríguez, 2017, p. 84). Asimismo, se ha aseverado que la superioridad facultada para delegar puede sujetarse, para ello, a un criterio burocrático o territorial (Soto Kloss, 1989, p. 130).

En esta línea, por ejemplo, un ministro podría delegar una materia directamente en un subsecretario, siguiendo un criterio burocrático o de descongestión; en un jefe de unidad, guiado por una orientación técnica; o en un secretario regional ministerial, por razones territoriales. Así, pese a que descentralización y desconcentración son materias de reserva legal, la delegación permitiría reorganizar las funciones al interior del órgano mediante un acto administrativo y a título temporal.

No obstante, estimamos que la distribución de funciones internas, provocada por medio de la delegación, debe necesariamente respetar la estructura orgánica prevista por el legislador, ya que la eficiencia buscada a través de dicho acto administrativo requiere ser encuadrada dentro de tales límites.

La Contraloría General ha sostenido que las actuaciones administrativas de distribución interna de funciones no pueden alterar la orgánica prevista en la ley.

...en virtud de lo ordenado en el artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la carta fundamental, en relación con su artículo 63, N° 14, y en armonía con lo dispuesto en los artículos 31 a 33 de la ley N° 18.575, son materias de ley la creación y supresión de servicios públicos o empleos rentados estatales, la determinación básica de sus funciones o atribuciones y, asimismo, la de su estructura. De ello se infiere que cuando la ley ha encargado a una autoridad administrativa la fijación de la organización interna de un servicio, esa regulación no puede alterar las partes o unidades fundamentales ni la distribución de estas, con que la respectiva entidad ha sido conformada por el legislador (dictamen N° 74.178, de 2016).

...conforme con el artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución Política, en concordancia con su artículo 63, N° 14, es materia de ley la creación y supresión de servicios públicos o empleos rentados, como también la determinación de sus funciones o atribuciones, en tanto que la ley N° 18.575 previene normas relativas a la estructura básica de los organismos de la Administración del Estado, de lo cual resulta que la autoridad administrativa no puede exceder ese marco jurídico. ...en relación al cuestionamiento que el peticionario efectúa a las referencias que en el acto administrativo impugnado se efectúan a las funciones del director nacional y de los directores regionales, es preciso señalar que aquellas alusiones solo constituyen una reiteración de las atribuciones que la normativa le otorga a esas autoridades administrativas —y no una delegación como erróneamente en su texto se expresa—, por lo que el [Instituto Nacional de Deportes] deberá proceder a su adecuación, sin perjuicio de que tal irregularidad no tenga la virtud de afectar la validez del correspondiente instrumento (dictamen N° 77.819, de 2016).

Así, nos parece que la delegación administrativa, sea que se funde en criterios burocráticos, técnicos⁵ o territoriales, no puede alterar la organización interna. En nuestra opinión, dicha restricción iría incluso más allá de lo abordado en estos dictámenes y nos lleva a advertir que no corresponde la transferencia de facultades respecto de órganos y funcionarios que no son subalternos inmediatos del delegante, si por ello se modifica la orgánica de control, especialmente cuando se trata de transferir el ejercicio de potestades.

Creemos que su procedencia queda limitada a que el destinatario sea un órgano o funcionario subalterno inmediato del delegante, sin que este último pueda saltarse órdenes jerárquicos. De lo contrario, aquellas jefaturas que, siendo dependientes del primero y superiores del segundo, resultarían responsables de controlar a este último en relación al ejercicio de una función delegada, de la que no son titulares.

No obstante, la práctica administrativa ofrece numerosos casos en que el delegatario no posee la calidad de subalterno inmediato, sin que hayamos

5 Por ejemplo, la Contraloría ha validado que un director nacional delegue la potestad de resolver un recurso jerárquico en los siguientes términos:

...alega que la última de las resoluciones lo privó de su derecho a defensa y a un debido proceso administrativo al haber sido dictada por la jefa de la División Jurídica del SAG y no por su director nacional, en circunstancias de que le correspondía a esta última autoridad conocer y resolver su reclamación.

...corresponde descartar la vulneración del derecho al debido proceso que alega el afectado, pues la resolución exenta N° 8.904, de 2015, fue dictada por la jefa de la División Jurídica del SAG en el marco de una delegación de atribuciones que le efectuó el director nacional de esa entidad mediante su resolución exenta N° 5.655, de 2013, y esta última aparece citada en los vistos del instrumento que se impugna (dictamen N° 76.059, de 2016).

podido observar hasta ahora un pronunciamiento jurisprudencial expreso de la Contraloría a este respecto, que atienda o desestime la regla planteada.

3. Algunas líneas jurisprudenciales de la Contraloría General en relación a la delegación de la potestad de destituir

Las omisiones que hemos descrito precedentemente como una precariedad de la norma chilena –cuestión que se suele advertir en diversos ámbitos de la legislación administrativa nacional– pueden ciertamente ser entendidas en un sentido contrario, esto es, como una decisión legislativa consciente de dotar al instituto de la delegación de un estatuto amplísimo.

Es por ello que resulta especialmente importante analizar la jurisprudencia administrativa que refiere a la delegación, pues en ella podemos identificar algunas líneas interpretativas importantes, en orden a esclarecer la naturaleza, contenido y especialmente los límites de este instituto.

Así, en relación a la naturaleza de la delegación, el ente contralor ha determinado, por ejemplo, que ella es diversa a una subrogación y no otorga derecho a percibir la remuneración del delegante (dictamen N° 2.307, de 2020)⁶, o que la revocación de una encomendación de funciones y delegación no contraviene la garantía de fuero sindical (dictamen N° 7.613, de 2020)⁷.

6 ...la subrogación es un mecanismo de reemplazo que se encuentra concebido en relación con los cargos establecidos en los respectivos escalafones o plantas, de modo que, para que ella se configure, es necesario que se trate de un empleo y no de una función, y solo cuando dicha subrogación supera el período de un mes sin que el funcionario subrogado perciba remuneraciones, genera el derecho a que el subrogante perciba el sueldo del funcionario reemplazado...

...de los antecedentes tenidos a la vista aparece que mediante la resolución exenta N° 793, de 2017, de la Dirección de Vialidad, la autoridad, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 67 del citado decreto con fuerza de ley N° 850, delegó en el funcionario que motiva la consulta en estudio algunas funciones para ejercerlas en el Departamento de Administración y Gestión de Contratos. Por lo tanto, considerando que el desempeño de las labores por las que se consulta no ha constituido una subrogación, sino que solo el desarrollo de las funciones delegadas, menester es concluir que no procede el pago de la diferencia de sueldo por la que se consulta (dictamen N° 2.307, de 2020).

7 ...el señor...al ser elegido dirigente gremial, ocupaba el cargo de profesional, grado 5, en la Dirección de Contabilidad y Finanzas del Ministerio de Obras Públicas y, por la otra, que las tareas de jefe del Subdepartamento Administración y Remuneraciones en la Dirección Regional de esa dirección de contabilidad, las cumplía en virtud de una encomendación de funciones y de una delegación de facultades dispuestas por el director nacional de Contabilidad y Finanzas.

...si bien el citado inciso segundo del artículo 25 de la ley N° 19.296 impide a la autoridad administrativa disponer el cambio de función de los directores de las asociaciones de funcionarios, salvo que ellos otorguen su autorización por escrito, no es menos efectivo que el término de la encomendación de funciones no implica una transgresión a la antes mencionada norma legal, toda vez que esa determinación únicamente significa que el personal vuelva a retomar las labores que son propias del empleo en el cual se le designó (dictamen N° 7.613, de 2020).

En orden a determinar su vigencia, ha señalado que la delegación no culmina por el hecho de haber cesado el delegante en su cargo (dictamen N° 6.010, de 2017)⁸. En torno a sus alcances, ha interpretado que no procede delegar en dos subalternos simultáneamente (dictamen N° 353, de 1996)⁹, subdelegar (dictamen N° 40.262, de 1994)¹⁰ o hacerlo en funcionarios a contrata, salvo ley expresa que lo autorice (dictamen N° 54.670, de 2008)¹¹.

Respecto a la delegación de la facultad de destituir, nos parece relevante destacar especialmente las siguientes interpretaciones jurisprudenciales administrativas.

3.1. Especificidad del acto delegatorio de la potestad de destitución

A partir de lo previsto en el artículo 41 de la ley N° 18.575, los autores han concluido que una de las características esenciales de todo acto delegatorio es su especificidad. Así, se ha sostenido que es improcedente que una jefatura transfiera el ejercicio de todas sus potestades, sino solo facultades específicas (Soto Kloss, 1989, p. 137), y que el acto delegatorio las debe manifestar de manera expresa y no implícita (Bermúdez Soto, 2015, p. 369).

En esta línea, la jurisprudencia administrativa ha fijado un estándar alto de especificidad. Por ejemplo, ha sostenido que la delegación se restringe a las materias formalmente expresadas en el acto administrativo delegatorio (dictamen N° 26.317, de 2017). Ha llegado a concluir que las autoridades regionales requieren de una delegación para extender certificaciones establecidas en una

8 ...en lo que dice relación con el hecho de que el secretario general de esa entidad policial no estaría facultado para responder una presentación que el recurrente formuló, toda vez que, a juicio de aquel, tras el retiro del general director que le delegó facultades al primero, habría perdido vigencia tal delegación –contenida en la resolución N° 215, de 2011–, cabe expresar, en armonía con el criterio sostenido en los dictámenes N°s. 18.888 y 96.646, de 2015, de esta procedencia, que la delegación no se ve afectada por el hecho de que la superioridad delegante cese en el empleo cuyas tareas, por medio de esa medida, encargó a uno de sus dependientes, por lo que la actuación de ese secretario general se ajustó a derecho (dictamen N° 6.010, de 2017).

9 ...al delegarse una misma atribución en dos autoridades distintas, sin especificar las circunstancias o ámbito en que uno u otro delegado ejercerá dicha facultad, se establece una dualidad de funciones que atenta contra la debida certeza del acto delegatorio y especificidad que este ha de contener acorde el artículo 43 de la ley N° 18.575 (dictamen N° 353, de 1996).

10 ...la potestad de delegar, no habilita a los gobernadores para delegar también su prerrogativa de designar delegados, pues ello involucraría subdelegar sus facultades, sin que la norma lo haya previsto (dictamen N° 40.262, de 1994).

11 ...de acuerdo al artículo 10...de la ley N° 18.834...corresponde señalar que, atendida la naturaleza transitoria de los empleos a contrata y dado que estos se encuentran al margen de los ordenamientos permanentes del personal de cada institución, los funcionarios que los sirven carecen del vínculo de jerarquía, de modo que, en principio, no pueden ejercer atribuciones directivas o desarrollar labores de jefaturas.

...tal como lo ha precisado esta entidad fiscalizadora en sus oficios N°s. 22.406, de 2000; 10.469, de 2002; 34.745, 49.414 y 52.676, todos de 2003 y 23.229, de 2004, entre otros, lo anterior debe entenderse sin perjuicio de aquellos casos en que un precepto legal autoriza expresamente a delegar en los referidos servidores atribuciones de jefatura, en cuyo evento, nuestro ordenamiento jurídico autoriza la posibilidad que ejerzan ese tipo de labores dentro de la respectiva entidad (dictamen N° 54.670, de 2008).

ley y cuya emisión no les fue encomendada por la norma (dictamen N° 61.956, de 2015).

En relación a la delegación de la facultad de destitución, ha seguido esa misma línea y llegado a concluir que:

...la sanción se dispuso por el subdirector del trabajo acorde delegación de facultades que se le confiriera por resolución N° 334, de 1990 del director del Trabajo para ordenar la instrucción de sumarios e investigaciones sumarias y dictar las resoluciones de término de tales procedimientos disciplinarios. No obstante, de tal resolución delegatoria no puede inferirse que, tratándose de la destitución, sea el subdirector aludido la autoridad competente para aplicarla, porque no le fue delegada expresamente la potestad de destituir, propia del jefe superior del servicio. La circunstancia de haberse delegado la facultad de nombrar, no lleva implícita la facultad de destituir (dictamen N° 23.520, de 1991).

...si bien mediante la resolución N° 72, de 1988, del Servicio de Salud Aysén, se delegó en el director de la referida entidad hospitalaria...la facultad de instruir investigaciones sumarias y sumarios administrativos, la aplicación de medidas disciplinarias, inclusive la suspensión de funciones, sobreseimientos y todas las materias relacionadas con esos procedimientos, no se hizo lo mismo con las atribuciones de nombramiento de personal ni de remoción de este, ni tampoco se refirió a la aplicación de la sanción de destitución, siendo dable concluir, en consecuencia, que la superioridad del citado hospital no está habilitada para hacer efectiva la medida expulsiva del caso en estudio (dictamen N° 75.985, de 2010).

...esta entidad fiscalizadora ha precisado, entre otros, a través de su dictamen N° 75.985, de 2010, que la delegación constituye un mecanismo de excepción, que es de aplicación e interpretación estricta, de lo cual se infiere que no cabe entender que ella comprende la adopción de medidas expulsivas cuando no se han delegado expresamente (dictamen N° 43.670, de 2016).

...no puede inferirse que esas autoridades sean las competentes para aplicar una medida expulsiva, toda vez que dicha potestad, propia del ministro respecto del personal de su dependencia, no les fue delegada expresamente, sin que la circunstancia de haberse delegado la facultad de designar al personal que en ella se indica, lleve implícita la facultad de destituirlo (dictamen N° E21316, de 2020).

Como se desprende de lo anterior, la potestad de aplicar medidas disciplinarias y, dentro de estas últimas, la de destituir, es especialísima. Por tanto, no puede ser atribuida de manera implícita, si no que requiere ser expresamente delegada.

3.2. **Autoridad naturalmente competente para aplicar la destitución y extensión de la delegación**

La Contraloría ha interpretado que la potestad de destitución radica naturalmente en la autoridad facultada para efectuar el nombramiento del funcionario, que en la regularidad recaerá en el jefe superior del servicio, salvo los casos de funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República, nombrados por este último. Así, ha sostenido que:

...conforme al artículo 119 de la ley N° 18.834, la destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios de un funcionario, mientras que el artículo 13 de la misma ley señala que el nombramiento se resolverá por los jefes superiores en los servicios públicos regidos por el Estatuto Administrativo, con excepción del nombramiento de los cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República (dictamen N° 23.520, de 1991).

Como se aprecia de la normativa expuesta, el legislador ha radicado expresamente en los directores regionales de los servicios nacionales desconcentrados la facultad de instruir sumarios administrativos y de afinarlos mediante un sobreseimiento o absolución, o imponiendo alguna medida disciplinaria, con excepción de la destitución, cuya aplicación compete a la autoridad nacional correspondiente (dictamen N° 35.363, de 2017).

En el caso de los ministerios ha señalado recientemente:

...debe advertirse que el artículo 14, inciso segundo, del Estatuto Administrativo, establece que el ministro debe efectuar el nombramiento respecto de los empleos de su dependencia, de manera que le corresponde aplicar la medida disciplinaria de destitución a los servidores de la secretaría de Estado de que se trate, con excepción de los casos en que haya delegado expresamente esta última atribución, lo que, de los antecedentes tenidos a la vista, no se advierte en la especie.

En atención a esta preceptiva, que rige desde el 23 de septiembre de 1989..., corresponde al respectivo ministro aplicar la medida disciplinaria de destitución a los servidores de la secretaría

de Estado de que se trate, salvo que dicha autoridad delegue expresamente esta atribución (dictamen N° E21316, de 2020).

Anteriormente manifestamos nuestra opinión en orden a estimar que, a fin de no alterar la estructura orgánica, especialmente del control jerárquico, la procedencia de la delegación de potestades debe quedar limitada a que el destinatario sea un órgano o funcionario subalterno inmediato del delegante, sin que este último pueda saltarse órdenes jerárquicos.

Ahora, en lo tocante a la eventual transferencia del ejercicio de la facultad de destituir, ya sea como potestad o mera habilitación de firma, no deja de resultar conflictiva una eventual delegación que vaya más allá de la línea subalterna inmediata, especialmente cuando se trata de una autoridad nacional a una regional, pues eso puede envolver una abierta transgresión al artículo 140 del Estatuto Administrativo.

En efecto, dicha norma sienta el principio de que el sumario administrativo toca ser resuelto por aquella autoridad que ordenó su instrucción, lo que puede recaer en «el jefe superior de la institución, el secretario regional ministerial o el director regional de servicios nacionales desconcentrados» (ley N° 18.834, artículo 140).

No obstante, a sabiendas de que esta facultad resolutoria puede recaer, entonces, en una autoridad regional, la ley fija una regla especial para el caso de la destitución, en orden a elevar en este evento los antecedentes «a la autoridad facultada para hacer el nombramiento» (ley N° 18.834, artículo 140). Lo que puede ser interpretado como una decisión consciente de no dejar entregada a una autoridad de menor jerarquía la aplicación de la máxima sanción disciplinaria.

Sobre este punto, la Contraloría ha validado en diversos casos la delegación en autoridades regionales cuando se trata de servicios públicos de carácter nacional (por ejemplo, dictamen N° 35.363, de 2017)¹². Incluso ha tolerado esta misma delegación en el caso de servicios públicos regionales, respecto de unidades internas (por ejemplo, dictamen N° 81.864, de 2013)¹³. No obstante, en estos

12 En mérito de lo expuesto, cabe concluir que los directores regionales de la Dirección del Trabajo son quienes deben ordenar la instrucción de los procedimientos disciplinarios por hechos ocurridos dentro de su territorio, así como sobreseerlos, absolver a los inculpados y aplicar las medidas disciplinarias que no consistan en la destitución, a menos que esta última les haya sido expresamente delegada (dictamen N° 35.363, de 2017).

13 ...en lo que dice relación con que el director del Servicio de Salud Metropolitano Central, que ordenó elevar la investigación a sumario administrativo, carecía de facultades para esos efectos, dada la nueva calidad de autogestionado en red del establecimiento de que se trata, es atinente mencionar que conforme lo señala el artículo 144, de la ley N° 18.834, y el criterio contenido en el dictamen N° 4.173, de 2012, de esta procedencia, esta situación no afecta la validez del procedimiento, pues no constituye un elemento decisivo en sus resultados, siempre que la sanción sea impuesta por la autoridad competente, como ocurrió en la especie, toda vez que fue el director del Hospital de Urgencia Asistencia Pública quien, en definitiva, la aplicó, estando habilitado para ello en virtud de la delegación de atribuciones efectuada mediante la resolución N° 529, de 2004, del Servicio de Salud Metropolitano Central, que en lo pertinente le otorgó prerrogativas para adoptar medidas disciplinarias, inclusive de carácter expulsivo (dictamen N° 81.864, de 2013).

casos advertimos que la habilitación recae efectivamente en el subordinado inmediato del delegante.

Ahora, nos parece distinta la situación que puede darse, por ejemplo, en el caso de la autoridad regional al interior de un ministerio, como sería si un ministro delega directamente la potestad de destituir en un secretario regional ministerial. Creemos que ello supondría una alteración sustancial en la distribución orgánica interna, pues se trata de la aplicación de la sanción disciplinaria más grave.

Lo anterior, pues se torna inoperante el control jerárquico que respecto de los secretarios regionales ministeriales corresponde ejercer al subsecretario, ya que este no es titular de la potestad ejercida. Y, más grave aún, se ampararía la existencia, al interior de un mismo ministerio, de criterios de ponderación expulsiva disímiles entre regiones. Estimamos que una alteración de tal magnitud excede los límites de justificación razonable para una medida adoptada en razón de eficacia o simple descongestión.

Prevenimos que la Contraloría no se ha pronunciado abiertamente sobre este punto. En efecto, el dictamen N° E21316, de 2020, verifica a partir de una consulta impulsada por un ministerio, en atención a que algunos secretarios regionales ministeriales dentro del mismo se arrogaban la competencia para destituir a funcionarios de una delegación provincial, dado que gozaban de una delegación de firma que los habilitaba para emitir los nombramientos de estos últimos. Frente a ello concluyó:

...corresponde señalar que la aplicación de una medida expulsiva debe ser resulta por el ministro de Educación respecto del personal de su dependencia y no por el subsecretario de Educación o los respectivos secretarios regionales ministeriales de Educación, puesto que, al no existir una delegación expresa para dicho efecto, tales autoridades no pueden actuar fuera del ámbito de sus competencias (dictamen N° E21316, de 2020).

De lo anterior pudiera inferirse que el órgano contralor no advierte inconvenientes en que las autoridades desconcentradas territorialmente al interior de un ministerio puedan llegar a aplicar la medida de destitución respecto de los funcionarios de su dependencia, en tanto que esta facultad les haya sido delegada previamente por el ministro. No obstante, nos parece que este último punto no fue propiamente objeto de tal pronunciamiento.

3.3. Toma de razón del acto delegatorio de destitución

Sobre este punto, cabe señalar que la Contraloría General anteriormente ha sustentado el criterio de que el acto delegatorio queda sujeto al trámite de toma de razón, en aquellos casos en que lo está el ejercicio de la potestad o firma delegada. En otras palabras, si la transferencia de ejercicio recae sobre

un trámite sujeto a este control de legalidad, entonces también lo será el acto administrativo por el cual se delega.

Esta Contraloría General procede a restituir la resolución individualizada en el epígrafe, mediante la cual se delega en los funcionarios que se mencionan del Instituto de Previsión Social, el ejercicio de las funciones que se indican, pues, acorde con lo establecido en los artículos 1º, Nº 2; y 6º, Nºs. 17, 18 y 19, de la resolución Nº 10, de 2017, de esta entidad de control, que fijó las normas sobre exención del trámite de toma de razón..., los actos administrativos que se emitan en las materias objeto de delegación, no se encuentran sujetos al control previo de legalidad ante este organismo fiscalizador (dictamen Nº 16.122, de 2019).

No obstante, dicha jurisprudencia se amparaba en lo previsto en el artículo 1º, Nº 2, de la resolución Nº 10, de 2017, de la Contraloría General, conforme al cual, «Los actos que deleguen facultades, en las materias afectas al trámite de toma de razón» quedaban afecto a ese procedimiento, criterio que perdió vigencia.

En efecto, ese documento fue sustituido por la actual resolución Nº 6, de 2019, la cual establece en su artículo 11, Nº 6, que quedan sujetas a trámite de toma de razón la aplicación de medidas disciplinarias expulsivas. Sin embargo, su artículo 12, Nº 48, precisa que estarán exentos de toma de razón los actos que deleguen facultades en materias de personal, sin formular distinción alguna al efecto.

Así, vemos que la jurisprudencia antes mencionada que sometía a trámite de toma de razón los actos delegatorios cuando lo estaba la atribución delegada, se amparaba en instrucciones anteriores de la Contraloría General. La resolución actualmente vigente, en cambio, fija como regla la exención de los actos delegatorios en materia de personal, sin excepciones; lo que permite sostener que la delegación de la facultad de destitución no está actualmente sujeta a dicho control.

4. ¿Recurso jerárquico en contra de la decisión adoptada por el delegado?¹⁴

Un tema de difícil solución en torno a la delegación es determinar si esta última altera el régimen recursivo jerárquico. Ello, pues del artículo 41 de la ley

¹⁴ Sobre este tema y su relación con la potestad de destituir, puede verse Ponce Correa (2020, pp. 201-212).

Nº 18.575 parecen fluir dos principios contradictorios. Por una parte, el inciso segundo plantea que el delegante queda inhibido de ejercer la facultad delegada mientras el acto delegatorio permanezca vigente –inavocabilidad particular–; mientras que, por otra, el literal d) lo hace responsable de ejercer el control jerárquico sobre su delegado.

Quezada Rodríguez (2017) se inclina por reconocer abiertamente la procedencia del recurso jerárquico en este caso, amparándose para ello en una sentencia de la Corte Suprema de 2010 (p. 103). Soto Kloss (1989), si bien parece abogar por esta tesis, termina luego advirtiendo que este ejercicio posibilitaría la avocación sin necesidad de revocar y, con ello, eludir una proscripción expresa en la norma (p. 142). Astorga Valenzuela (2016) estima procedente el recurso jerárquico solo cuando se trata de una delegación de potestades y no de firma (p. 661).

Ahora, en el caso específico de la destitución, y en atención a lo prescrito por las normas especiales que regulan el régimen recursivo en los procedimientos disciplinarios, puede interpretarse que el artículo 141 del Estatuto Administrativo otorga al sumariado un derecho a la doble instancia¹⁵; conclusión que recibe apoyo en el artículo 10 de la ley Nº 18.575¹⁶. No obstante, el inciso cuarto del artículo 59 de la ley Nº 19.880 parece contener una regla de excepción¹⁷.

La jurisprudencia de la Contraloría General no ha estado exenta de vacilaciones en esta materia, pues ha transitado por ambas direcciones respecto a la procedencia del recurso jerárquico frente al ejercicio de potestades delegadas. Ello, además, se engarza con la discusión interpretativa en torno a si existe o no doble instancia disciplinaria frente a la aplicación de una sanción expulsiva. A continuación, revisaremos estas interpretaciones:

15 En contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, procederán los siguientes recursos:

- a) De reposición, ante la misma autoridad que la hubiere dictado, y
- b) De apelación ante el superior jerárquico de quien impuso la medida disciplinaria.

El recurso de apelación solo podrá interponerse con el carácter de subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que esta no sea acogida.

Los recursos deberán ser fundados e interponerse en el plazo de cinco días, contado desde la notificación, y deberán ser fallados dentro de los cinco días siguientes (ley Nº 18.834, artículo 141).

16 Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar (ley Nº 18.575, artículo 10).

17 No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa (ley Nº 19.880, artículo 59, inciso cuarto).

4.1. Improcedencia del recurso jerárquico

En un comienzo pareció inclinarse por la improcedencia del recurso jerárquico:

...cuando autoridades administrativas imponen medidas disciplinarias por delegación de funciones del jefe superior del servicio, los afectados no pueden interponer el eventual recurso de apelación que ante esta última autoridad pueda existir, porque aquellas jefaturas, al suscribir los documentos que aplican las sanciones, están representando a la superioridad máxima de la institución, por lo que debe entenderse que quien las impone es esta última a través de un delegado (dictamen N° 41.385, de 1994).

...cuando las autoridades administrativas imponen medidas disciplinarias en virtud de una delegación de facultades del jefe superior del servicio, como ocurre en este caso...los afectados no pueden deducir el eventual recurso de apelación que ante esta última autoridad pueda existir, [en atención a] que aquellas jefaturas, al suscribir los documentos que aplican las sanciones, están representando a la superioridad máxima de la institución, por lo que debe entenderse que quien las impone es esta última a través de un delegado (dictamen N° 38.215, de 2001).

...contrariamente a lo que entiende el recurrente, su recurso de reposición fue presentado ante la única autoridad que, en el Servicio de Salud Oriente, tiene relación con la materia de que se trata, no procediendo otro recurso, toda vez que...no procede el recurso de apelación cuando la medida disciplinaria ha sido impuesta por una autoridad administrativa haciendo uso de facultades delegadas por el jefe superior del servicio, lo que ocurre en la especie [, en atención a] que la citada autoridad al ejercer las facultades objeto de la delegación está representando a la superioridad máxima de la institución, por lo que debe entenderse que es esta última quien aplica la medida disciplinaria (dictamen N° 40.436, de 2001).

...Del mismo modo[,] resulta útil anotar que tratándose de medidas disciplinarias aplicadas por los directores de hospitales, que sancionan en virtud de delegación de facultades, no concurre la instancia de la apelación [,]por cuanto[,] quien sanciona, en definitiva, es la autoridad delegante (dictamen N° 7.704, de 2005).

...cuando la medida disciplinaria ha sido impuesta por una autoridad administrativa haciendo uso de facultades delegadas por el jefe superior del servicio, como ha ocurrido precisamente

en el caso de la especie, no puede concurrir el recurso de apelación, puesto que la citada autoridad al ejercer las facultades objeto de la delegación está representando a la superioridad máxima de la institución, por lo que debe entenderse que es esta última quien, en definitiva, sanciona (dictamen N° 60.754, de 2005).

Un pronunciamiento similar puede verse en dos dictámenes posteriores, N°s. 36.647, de 2009¹⁸, y 65.318, de 2009¹⁹, que, si bien no refieren a una medida de destitución, siguen el mismo criterio en torno a la improcedencia del recurso jerárquico respecto de actos administrativos dictados en virtud de delegación.

En general, podemos sostener que tales criterios jurisprudenciales recogen explícitamente la idea de que el delegado sustituye al delegante, razón por la cual el régimen recursivo aplicable al acto administrativo –dictado por el primero en virtud de una delegación– es el mismo que procedería si tal acto hubiere emanado directamente del segundo.

A nuestro entender, al hacer referencia al artículo 41 de la ley N° 18.575, el cual no habla de representación, nos parece que el criterio jurisprudencial ha debido tener en consideración la prohibición de avocación particular que contempla esta norma, de modo que permitir al delegante revisar la decisión del delegado implicará contravenir la referida regla.

4.2. Procedencia del recurso jerárquico, pero ante una autoridad diversa del delegante

A fin de conciliar las restricciones propias de la delegación con el régimen recursivo previsto en el artículo 141 del Estatuto Administrativo para el caso de las medidas disciplinarias, que establece la procedencia, sin distinción, tanto de reposición como apelación; la Contraloría llegó a adoptar una decisión que resulta conflictual desde el punto de vista orgánico, pues transforma en externo un recurso administrativo interno.

En efecto, tras reconocer un derecho legal a la doble instancia en favor de los sumariados y conciliar aquello con la idea de que el delegante no puede revisar

18 ...es dable puntualizar que el oficio N° 25.278, de 2009, fue expedido por el jefe de la Subdivisión Nombramientos de la División de Toma de Razón y Registro[,] en uso de facultades que le fueron delegadas por el Contralor General, de modo que, al suscribir dicho pronunciamiento, lo hizo representando a la autoridad máxima de esta entidad fiscalizadora y, por ende, debe entenderse que es esta quien lo emitió a través de un delegado. Siendo ello así, resulta improcedente el recurso de apelación que...ante el Contralor General se invoca (dictamen N° 36.647, de 2009).

19 ...en atención a que la resolución N° 619...fue dictada en ejecución de una delegación de firma –por lo que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 41 de la ley N° 18.575...debe entenderse emanada del delegante–, no cabe sino concluir que a su respecto, y de acuerdo con lo que prevé el artículo 59, inciso cuarto, de la ley N° 19.880, no procede el recurso jerárquico, por corresponder a este delegante la calidad de jefe superior de un servicio descentralizado (dictamen N° 65.318, de 2009).

por vía jerárquica las actuaciones que emanan de su delegado; la Contraloría concluyó que procedía la apelación ante una destitución aplicada por un subsecretario con potestades delegadas del ministro, pero que debía conocer de ella el Presidente de la República.

Consecuente con lo anterior, la medida disciplinaria de destitución aplicada a la peticionaria por el subsecretario de Educación[,] en virtud de las facultades delegadas por el titular de la cartera, debe entenderse impuesta por el ministro de Educación, procediendo entonces que sea el Presidente de la República –y no el ministro–[,] en su carácter de superior jerárquico de este último, quien conozca y resuelva el recurso de alzada, como efectivamente ha acontecido en la especie, todo lo cual autoriza para concluir que no se ha configurado en este aspecto el vicio de ilegalidad que reclama (dictamen N° 46.001, de 2005).

En relación a la procedencia de apelar ante el Presidente de la República contra una medida expulsiva aplicada por un ministro, el criterio fue reiterado por el órgano contralor, persistiendo en la idea de que el artículo 141 del Estatuto Administrativo confiere al sumariado un derecho a doble instancia.

...en lo que atañe a la otra inquietud manifestada por la recurrente en relación con dicho proceso, es pertinente indicar que[,] de acuerdo al artículo 141 de la citada ley N° 18.834, la resolución que aplica una medida disciplinaria...podrá apelarse ante el superior jerárquico de quien la impuso, recurso que, en el caso de medidas impuestas por un ministro de Estado, debe ser conocido por el Presidente de la República...(dictamen N° 53.520, de 2011).

4.3. Procedencia del recurso jerárquico ante el delegante

Los criterios interpretativos reseñados, que abogaban por la improcedencia del recurso jerárquico sobre actos adoptados en virtud de delegación, acusan un cambio a contar del dictamen N° 66.655, de 2010. Este, si bien no refiere específicamente a delegación de destitución, se inclina por la procedencia del recurso jerárquico respecto de las actuaciones del delegado:

...en cuanto a la posibilidad de la autoridad de revisar las decisiones que adopte el delegado en ejercicio de las atribuciones y facultades delegadas, mediante el recurso jerárquico establecido en la ley, cabe señalar que la mencionada potestad revisora tiene una fisonomía propia y es distinta de las demás atribuciones de que se encuentra dotado el órgano respectivo,

por lo que no debe entenderse incluida dentro de aquellas cuyo ejercicio ha sido transferido mediante la delegación.

...conforme al artículo 11 de la ley N° 18.575, las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que correspondan, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia, control que se extiende... a la legalidad y oportunidad de dichas actuaciones.

En tales condiciones, el conocimiento y resolución de los recursos administrativos por parte de la autoridad respectiva, al corresponder a una potestad distinta de aquella que ha sido delegada, no importa vulnerar la regla que exige la previa revocación de la delegación, prevista en el inciso segundo del artículo 41 de la ley N° 18.575 (dictamen N° 66.655, de 2010).

En lo que se refiere específicamente a la aplicación de medidas disciplinarias, podemos mencionar los siguientes:

...el conocimiento y resolución de los recursos administrativos por parte de la superioridad respectiva, al corresponder a una potestad distinta de aquella que ha sido delegada, no importa vulnerar la regla que exige la previa revocación de la delegación, prevista en el inciso segundo del artículo 41 del texto orgánico constitucional antes referido.

...procede afirmar que la delegación de facultades en las directoras regionales, reducida actualmente, en lo que atañe al acto examinado, a la aplicación de las medidas disciplinarias de censura y multa, no importa que la vicepresidenta ejecutiva haya transferido la potestad revisora de la que es titular, motivo por el cual la decisión de la autoridad regional de que se trata, en orden a declarar improcedente el recurso de apelación contemplado en el artículo 141 del Estatuto Administrativo, deducido por la afectada en contra de la multa aplicada a su respecto, aduciendo que actúa con atribuciones delegadas, no se ajustó a la jurisprudencia vigente sobre la materia (dictámenes N°s. 9.306 y 19.708, de 2011).

...la delegación que ha operado en la especie no comprende la potestad revisora de las decisiones que adopte la autoridad delegada en el ámbito señalado, facultad que tiene una fisonomía propia, por lo que no debe entenderse incluida dentro de aquellas cuyo ejercicio ha sido transferido.

En tales condiciones, procede que el director del Servicio de Salud Metropolitano Oriente conozca y se pronuncie sobre la apelación interpuesta por el recurrente en el procedimiento administrativo de que se trata (dictamen N° 31.774, de 2011).

...el principio de la doble instancia requiere como presupuesto esencial, que exista un superior jerárquico, exigencia que concurre en la especie, puesto que, si bien el Servicio de Impuestos Internos es un ente descentralizado, su jefatura superior delegó en una instancia subordinada el ejercicio de la potestad disciplinaria, por lo que se cumple con tal requisito.

Así entonces, se debe concluir que la decisión del subdirector de que se trata, en orden a declarar improcedente el recurso de apelación contemplado en el artículo 141 de la ley N° 18.834... que fuera deducido por la afectada en contra de la sanción de destitución aplicada a su respecto, no se ajustó a derecho (dictamen N° 49.560, de 2011).

De la revisión de estos pronunciamientos podemos identificar, al menos, tres fundamentos:

- 1) La facultad de conocer el recurso jerárquico es distinta de la facultad cuyo ejercicio fue delegado.
- 2) La autoridad delegante conserva responsabilidad por el control jerárquico, lo que justifica el conocimiento de dicho recurso.
- 3) El artículo 141 del Estatuto Administrativo otorga un derecho a la doble instancia en los procedimientos disciplinarios.

4.4. Improcedencia del recurso jerárquico. ¿Nuevo criterio jurisprudencial?

Durante el presente año, a propósito de la posibilidad de apelar ante el Presidente de la República respecto de una destitución ordenada por un ministro, la Contraloría, aunque indirectamente, parece haber reinstalado el criterio original que aboga por la improcedencia del recurso jerárquico contra una medida de destitutiva aplicada por una autoridad delegataria.

Anteriormente se expuso que, a propósito del artículo 141 del Estatuto Administrativo, la Contraloría había interpretado que esta norma otorga al sumariado un derecho a la doble instancia frente a la aplicación de medidas disciplinarias. Y que, por aplicación de los dictámenes N°s. 46.001, de 2005, y 53.520, de 2011, este recurso podía incluso llegar a ser conocido por el Presidente de la República.

No obstante, recientemente la Contraloría reconsideró tales precedentes y concluyó que:

...no procede el recurso de apelación respecto de las medidas de destitución aplicadas por un ministro de Estado —o por el subsecretario por delegación— a los funcionarios de su dependencia y nombrados por aquella autoridad, [en atención a] que esta instancia recursiva se encuentra limitada por el inciso cuarto del artículo 59 de la ley N° 19.880, precepto que, a falta de regla especial en el Estatuto Administrativo, y por ser compatible con la regulación contenida en este, resulta aplicable en la especie (dictamen N° E30045, de 2020).

Pese a que este nuevo pronunciamiento parece centrarse en la improcedencia de la apelación ante el Presidente de la República de una medida expulsiva adoptada al interior del ministerio, lo cierto es que menciona como una hipótesis el que esta última fuere adoptada por el subsecretario en ejercicio de una delegación, lo que incide en el tema en estudio.

Si bien los dictámenes mencionados en el acápite anterior, que pregonan abiertamente la procedencia del recurso jerárquico ante el delegante, no aparecen reconsiderados; este nuevo pronunciamiento nos lleva a preguntar si, siguiendo a Phillips Letelier (2020), forma parte de la *ratio decidendi* o corresponde a una declaración *obiter dictum* (pp. 149-176).

¿Razonó efectivamente la Contraloría acerca de la procedencia del recurso jerárquico sobre los actos del delegado o la alusión al subsecretario como delegatario corresponde a una mención más bien tangencial, limitada por el contexto y origen de la solicitud de pronunciamiento?

Nos parece que este nuevo criterio es concluyente para estimar la improcedencia de recurrir por vía jerárquica en contra de los actos de un delegado. Ello determina que, frente a la aplicación de una medida destitutiva al interior de un órgano administrativo, ya sea esta última aplicada por el jefe superior de servicio o su delegado, no procederá el recurso de apelación o jerárquico, sino que la vía recursiva administrativa interna quedará agotada con la sola reposición.

Conclusiones

La delegación administrativa es una materia que posee una escasa regulación general en el sistema chileno, cuyo régimen queda fijado por el artículo 41 de la ley N° 18.575. Esta reglamentación precaria acusa una serie de vacíos, producto

de lo cual, en muchas ocasiones su aplicación provoca incertezas y conflictos al interior de la Administración del Estado.

Entre los principales problemas que podemos advertir en esta norma está la ausencia de diferenciación sustancial entre la delegación de firma y de potestades, así como la inexistencia de límites materiales y de extensión en la actividad delegatoria. Estos problemas se intensifican cuando la delegación recae sobre la potestad de destituir, pues esta última constituye la más alta sanción disciplinaria y su aplicación queda naturalmente sujeta a estándares más exigentes.

La labor interpretativa de la Contraloría General de la República ha resultado de suma importancia en la tarea de esclarecer el contenido, límites y condiciones del ejercicio de la delegación administrativa, en especial cuando se trata de la destitución. Hemos identificado líneas jurisprudenciales claras en orden a: exigir un alto estándar de especificidad y exteriorización formal al acto delegatorio, acotar límites a la delegación y fijar parámetros para determinar los alcances y vigencia del acto delegatorio.

No obstante, aún podemos advertir una serie de aspectos relacionados con la delegación de la potestad de destituir que reclaman precisión, especialmente en lo que refiere al régimen recursivo. Más aún, parece importante establecer si por vía delegatoria se puede llegar a alterar la garantía orgánica prevista en el artículo 140 del Estatuto Administrativo, según la cual, esta sanción expulsiva solo puede ser aplicada por la autoridad superior.

Referencias

- **Aldunate Ramos, F. (2009).** *Manual práctico de derecho administrativo.* Thomson Reuters.
- **Astorga Valenzuela, C. (2016).** *Los recursos administrativos (tomo II).* Círculo Legal Editores.
- **Bermúdez Soto, J. (2014).** *Derecho administrativo general (3ª ed.).* Thomson Reuters.
- **Boloña Kelly, G. (2010).** *Organización administrativa (2ª ed.).* Legal Publishing.
- **Caldera Delgado, H. (2001).** *Tratado de derecho administrativo.* Ediciones Parlamento Ltda.
- **Celis Danzinger, G. (2019).** *Manual de derecho administrativo general.* Hamurabi.

- **Cordero Vega, L. (2015).** *Lecciones de derecho administrativo* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- **Pallavicini Magnère, J. (2012).** *Tratado jurisprudencial de derecho administrativo. Ley N° 18.575 interpretada*. Thomson Reuters.
- **Parejo Alfonso, L. (2018).** *Derecho administrativo* (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- **Phillips Letelier, J. (2020).** La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de *stare decisis*. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 149-176. <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/16203>
- **Ponce Correa, P. (2020).** Derecho a recurso, destitución y delegación de funcionarios públicos. Consideraciones en torno a un dictamen de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 201-212. <http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/26881/21767>
- **Quezada Rodríguez, F. (2017).** La delegación en el derecho administrativo chileno. En J. I. Núñez (dir.) & R. Urzúa Arce (coord.), *Temas misceláneos y actas del Primer Encuentro de Investigadores Jóvenes en Derecho Público y Teoría del Derecho*. Ediciones Universidad Finis Terrae.
- **Silva Cimma, E. (1995).** *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público* (tomo III). Editorial Jurídica de Chile.
- **Soto Kloss, E. (1989).** La delegación en el derecho administrativo chileno. *Revista de Derecho Público* (45-46), 115-147.
- **Soto Kloss, E. (1993).** La delegación de firma. *Gaceta Jurídica* (160), 1-6.
- **Valdivia, J. M. (2018).** *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.

Normas citadas

- **Ley N° 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.
- **Ministerio de Hacienda. (2005).** *Decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo*. Diario Oficial de la República de Chile, 16 de marzo de 2005. Última modificación 5 de junio de 2018.

- **Ministerio del Interior. (2006).** *Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2006, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.* Diario Oficial de la República de Chile, 27 de julio de 2006. Última modificación 5 de noviembre de 2020.
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2001).** *Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 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.
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2005).** *Decreto N° 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 23 de diciembre de 2020.

Actos administrativos

- **Contraloría General de la República. (2017).** *Resolución N° 10, de 2017, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón de las materias de personal que se indican.* Diario Oficial de la República de Chile, 13 de marzo de 2017.
- **Contraloría General de la República. (2019).** *Resolución N° 6, de 2019, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón de las materias de personal que se indican.* Diario Oficial de la República de Chile, 29 de marzo de 2019.

Tribunal Constitucional. Rol:

- **N° 606 (2006).** *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Eduardo Armando Magnan González, respecto del artículo 116 del Código Tributario, en la causa rol N° 3.812, de 2006, de la Corte Suprema.* Sentencia del 23 de marzo de 2007.

Contraloría General. Dictámenes:

- N° 23.520 (1991).
- N° 12.159 (1992).
- N° 25.141 (1993).
- N° 40.262 (1994).
- N° 41.385 (1994).
- N° 353 (1996).
- N° 3.159 (2000).
- N° 38.215 (2001).
- N° 40.436 (2001).
- N° 7.704 (2005).
- N° 46.001 (2005).
- N° 60.754 (2005).
- N° 54.670 (2008).
- N° 36.647 (2009).
- N° 65.318 (2009).
- N° 25.836 (2010).
- N° 66.655 (2010).
- N° 75.985 (2010).
- N° 9.306 (2011).
- N° 19.708 (2011).
- N° 31.774 (2011).
- N° 49.560 (2011).
- N° 53.520 (2011).
- N° 81.864 (2013).
- N° 61.956 (2015).
- N° 27.652 (2016).
- N° 43.670 (2016).
- N° 61.296 (2016).
- N° 74.178 (2016).
- N° 76.059 (2016).
- N° 77.819 (2016).
- N° 6.010 (2017).
- N° 26.317 (2017).
- N° 35.363 (2017).
- N° 25.550 (2018).
- N° 8.927 (2019).
- N° 16.122 (2019).
- N° 2.307 (2020).
- N° 7.613 (2020).
- N° E21316 (2020).
- N° E30045 (2020).