



60
años
Universidad de
Playa Ancha
1948-2008

**Instituto Tecnológico
Universidad de Playa Ancha
Ignacio Domeyko**

Programa Complementario de Capacitación en Gestión Municipal para Funcionarios Municipales de los Estamentos Auxiliar y Administrativos de la Región de Valparaíso / Licitación Pública N° 3621-11072-LP08

Derecho Administrativo

Mauricio Suazo Álvarez



GOBIERNO DE CHILE
GOBIERNO REGIONAL
REGION DE VALPARAISO



GOBIERNO DE CHILE
MINISTERIO DEL INTERIOR
SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO
REGIONAL Y ADMINISTRATIVO



©DERECHO ADMINISTRATIVO

Mauricio Suazo Álvarez

Instituto Tecnológico
Universidad de Playa Ancha
Ignacio Domeyko

Programa Complementario de Capacitación en Gestión Municipal para
Funcionarios Municipales de los Estamentos Auxiliar y Administrativos
de la Región de Valparaíso / Licitación Pública N° 3621-11072-LP08

RPI: 175.333
ISBN: 978-956-296-073-1

Director del Programa:	Carlos González Morales
Comité Asesor:	Francisco Aguilar Caballero Julio Calderón Cortés Dante Iturrieta Méndez
Diseñador Instruccional:	Manuel Contreras López
Diseñador Gráfico:	Gastón Aguilera Vega
Corrección de estilo:	Eduardo González Pradenas

Primera edición: noviembre 2008
Tiraje: 400 ejemplares

Impreso en la Imprenta de la Universidad de Playa Ancha,
Av. Playa Ancha 850, Valparaíso (quien sólo actúa como impresor).

Impreso en Chile / Printed in Chile

ÍNDICE GENERAL

Presentación	8
Objetivos Generales	9
Orientaciones para el Aprendizaje	10
Unidad 1: Derecho Constitucional: Teoría General	13
Objetivos Específicos	14
Desarrollo Temático	14
1. Naturaleza Política, Derecho y Estado político	14
1.1. Conceptos sobre el Derecho	15
1.2. Derecho Constitucional	16
1.3. Principios Básicos del Derecho Constitucional	17
1.4. Fuentes del Derecho Constitucional	17
2. Características Generales de la Constitución Política de la República de 1980	19
2.1. Los Derechos Humanos	20
3. La Protección de los Derechos Constitucionales	21
3.1. El Recurso de Reclamación de la Nacionalidad	21
3.2. El Recurso de Protección	22
3.3. El Recurso de Amparo	23
3.4. Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad	25
4. Elementos del Estado de Derecho	26
4.1. Definiciones de Estado	26
4.2. El territorio como elemento del Estado	27
4.3. Nación	27
4.4. La población o pueblo	28
4.5. Gobierno o poder	28
Actividades	30
Unidad 2: Principios jurídicos básicos que sustentan la Administración Chilena	31
Objetivos Específicos	32
Desarrollo Temático	32
1. De los órganos del Estado de Derecho	33
2. La Función Pública	35
3. Derecho Público en la Ley Chilena	37
3.1. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575	38
3.2. Principios de la organización administrativa en Chile	39
3.3. Derechos y deberes de la función pública	42
4. El Estatuto Administrativo como base del análisis de los derechos y deberes funcionarios	43
4.1. Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834)	43
4.2. Derechos y deberes funcionarios en el Estatuto Administrativo	44

4.2.1. Derechos funcionarios	44
4.2.2. Deberes funcionarios	50
4.2.3. Prohibiciones funcionarias	57
5. La investigación sumaria y el sumario administrativo	60
5.1. Tramitación de la investigación sumaria	60
5.2. Tramitación del sumario administrativo	64
5.3. Recursos administrativos (Arts. 141 a 145)	66
5.4. Extinción de la responsabilidad administrativa Título VII. (Arts. 157 a 159)	67
5.5. Otras normas relacionadas con la responsabilidad administrativa	68
5.6. Esquemas de contenido de los derechos y obligaciones del funcionario público	69
5.7. La nulidad procesal del sumario administrativo	75
Actividades	76

Unidad 3: La Contraloría General de la República y la Nulidad de los Actos Administrativos	77
---	----

Objetivos Específicos	78
Desarrollo Temático	78
1. Características, funciones y objetivos de la Contraloría General de la República	78
1.1. Características de la CGR	79
1.2. Funciones de la CGR	80
1.2.1. Función jurídica	82
1.2.2. Función de dictaminar	82
1.2.3. Función de toma de razón	83
1.2.4. Función de auditoría	83
1.2.5. Función contable	84
1.2.6. Función jurisdiccional	84
1.2.7. Otras funciones	85
1.3. Fiscalización de la CGR	85
1.4. Objetivos de la CGR	86
2. La Ley del Nuevo Trato y de Alta Dirección Pública	87
3. La nulidad de los actos administrativos	89
3.1. Comentarios a la norma del Art. 6º, inciso 1º, de la Constitución Política de la República de Chile	89
3.2. Concordancia del Art. 6º y 88 de la C.P.R.	89
3.3. Aplicación del Art. 6º, incisos 1º y 3º de la C.P. en los artículos 2º, 8º, 10º y 11º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado	91
3.4. El recurso de ilegalidad en materia municipal y de Gobiernos Regionales	92
3.5. La potestad reglamentaria del Presidente de la República comprende la facultad de invalidación de instrucciones, decretos y reglamentos	93
Conclusión	95

Unidad 4: Estudios y Análisis de Casos	99
--	----

Desarrollo Temático	100
1. Consideraciones preliminares	100
2. Procedimiento para analizar los casos propuestos	102
3. Análisis de casos	103

3.1.	Caso N° 1: Alcalde que actúa como ministro de fe en la asamblea constitutiva de una organización comunitaria	103
3.2.	Caso N° 2: Alcalde acusado de delito que merece pena aflictiva	103
3.3.	Caso N° 3: Municipio que se opone a la constitución de organizaciones comunitarias y limita el otorgamiento de personalidad jurídica	104
3.4.	Caso N° 4: Accidente que afecte a dirigente de una asociación de personal municipal durante sus días libres	104
3.5.	Caso N° 5: Municipalidad desea construir un centro de salud familiar en un terreno privado perteneciente a conjunto habitacional respecto del cual el municipio es copropietario	105
3.6.	Caso N° 6: Municipalidad entrega a una empresa privada de atención dental, funciones odontológicas en el marco del programa de resolutiveidad en atención primaria del Ministerio de Salud	105
3.7.	Caso N° 7: Municipalidad contra un abogado infractor	106
3.8.	Caso N° 8: Cómputo del plazo para entender practicada la notificación por carta certificada, según el Artículo 46 de la Ley N° 19.880	107
3.9.	Caso N° 9: Sobre el derecho que tienen los funcionarios municipales al bono especial de retiro contemplado en la Ley N° 20212	108
3.10.	Caso N° 10: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135	108
3.11.	Caso N° 11: Se refiere al pago de la asignación de mejoramiento de la gestión municipal respecto de exfuncionarios municipales regidos por el código del trabajo	109
3.12.	Caso N° 12: De la procedencia de considerar, para el cómputo de licencias médicas que permiten aplicar la declaración de vacancia por salud incompatible, aquellas que se han originado en una enfermedad laboral	110
3.13.	Caso N° 13: Sobre el cumplimiento de obligaciones estatutarias de funcionaria municipal que se desempeñaba simultáneamente, como jueza subrogante de policía local	111
3.14.	Caso N° 14: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos	111
3.15.	Caso N° 15: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135	112
3.16.	Caso N° 16: La interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, no suspende los efectos del acto impugnado, de modo que ellos rigen desde su notificación al afectado	113
3.17.	Caso N° 17: Respecto a si procede exigir al alcalde el cumplimiento de un acuerdo del Concejo Municipal que lo habría autorizado para transferir un bien mueble de la municipalidad	115
3.18.	Caso N° 18: Se refiere a la emisión de informes por parte de funcionarios municipales a requerimiento de los tribunales de familia	115
3.19.	Caso N° 19: En cuanto a si las atribuciones de los municipios para efectuar tareas de alumbrado, limpieza de áreas verdes y aseo en loteos irregulares, pueden implicar la realización de obras permanentes que impidan regularizar dichos terrenos	116
3.20.	Caso N° 20: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos	116

3.21.	Caso N° 21: Respecto a si el alcalde está obligado a convocar a plebiscito para aprobar el plan regulador comunal	117
3.22.	Caso N° 22. Procedimiento para que un funcionario con residencia en el extranjero, por encontrarse en comisión de estudio, declare en un sumario administrativo	118
3.23.	Caso N° 23: respecto a si la interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, suspende los efectos del acto impugnado	118
3.24.	Caso N° 24: se refiere a las facultades de fiscalización de las unidades de control municipal respecto de las corporaciones municipales	119
4.	Respuestas a los casos propuestos	120
4.1.	Respuesta al caso N° 1: Alcalde ministro de fe	120
4.2.	Respuesta al caso N° 2: Alcalde y cohecho	121
4.3.	Respuesta al caso N° 3: Municipalidad opositora	122
4.4.	Respuesta al caso N° 4: Dirigente accidentado	123
4.5.	Respuesta a caso N° 5: Municipalidad constructora	125
4.6.	Respuesta caso N° 6: Municipalidad y empresa privada	126
4.7.	Solución al caso N° 7: Municipalidad contra un abogado infractor	127
4.8.	Respuesta del caso N° 8: Cómputo del plazo para entender practicada la notificación por carta certificada, según el Artículo 46 de la Ley N° 19.880	128
4.9.	Solución al caso N° 9: Sobre el derecho que tienen los funcionarios municipales al bono especial de retiro contemplado en la Ley N° 20.212	131
4.10.	Respuesta del caso N° 10: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135	133
4.11.	Respuesta al caso N° 11: Se refiere al pago de la asignación de mejoramiento de la gestión municipal respecto de exfuncionarios municipales regidos por el código del trabajo	134
4.12.	Respuesta al caso N° 12: De la procedencia de considerar, para el cómputo de licencias médicas que permiten aplicar la declaración de vacancia por salud incompatible, aquellas que se han originado en una enfermedad laboral	136
4.13.	Respuesta al caso N° 13: Sobre el cumplimiento de obligaciones estatutarias de funcionaria municipal que se desempeñaba simultáneamente, como jueza subrogante de policía local	137
4.14.	Respuesta al caso N° 14: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos	138
4.15.	Respuesta al caso N° 15: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135	139
4.16.	Respuesta al caso N° 16: La interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, no suspende los efectos del acto impugnado, de modo que ellos rigen desde su notificación al afectado	141
4.17.	Respuesta al caso N° 17: Respecto a si procede exigir al alcalde el cumplimiento de un acuerdo del Concejo Municipal que lo habría autorizado para transferir un bien mueble de la municipalidad	143
4.18.	Respuesta al caso N° 18: Se refiere a la emisión de informes por parte de funcionarios municipales a requerimiento de los tribunales de familia	143

4.19. Respuesta al caso N° 19: En cuanto a si las atribuciones de los municipios para efectuar tareas de alumbrado, limpieza de áreas verdes y aseo en loteos irregulares, pueden implicar la realización de obras permanentes que impidan regularizar dichos terrenos	144
4.20. Respuesta al caso N° 20: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos	145
4.21. Respuesta al caso N° 21: Respecto a si el alcalde está obligado a convocar a plebiscito para aprobar el plan regulador comunal	145
4.22. Respuesta al caso N° 22: Procedimiento para que un funcionario con residencia en el extranjero, por encontrarse en comisión de estudio, declare en un sumario administrativo	146
4.23. Respuesta al caso N° 23: Respecto a si la interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, suspende los efectos del acto impugnado	147
4.24. Respuesta al caso N° 24: Se refiere a las facultades de fiscalización de las unidades de control municipal respecto de las corporaciones municipales	149
Glosario	152
Bibliografía	155

PRESENTACIÓN

Este libro fue pensado para que el lector se aproxime al Derecho Administrativo de la forma más precisa y clara posible, en el contexto del “Programa Complementario de Capacitación en Gestión Municipal para Funcionarios Municipales de los Estamentos Auxiliar y Administrativos de la Región de Valparaíso”.

Los contenidos mencionados, complejos y extensos por su interesante naturaleza, en algunos puntos debieron ser comprimidos en su tratamiento, cuando no suprimidos en ciertos aspectos que, siendo pertinentes, se escapaban sensiblemente a los objetivos de la obra. En virtud de lo anterior, me permito proponerle que tenga a la vista la Constitución Política de la República de Chile de 1980 -que llamamos «Carta Fundamental», «Código Político», y que abreviamos «CPR»- y, a objeto de consultar y confrontar su análisis, la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, en adelante “E.A.”, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, en adelante LOCM, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales Ley N° 18.883; sin perjuicio de otros cuerpos legales mencionados, cada vez que sea posible como es el caso del Decreto Ley (en adelante DL) N° 3.063, sobre rentas municipales.

La ciencia del derecho es un constante hacer, por lo tanto las materias propuestas para su estudio constituyen, en algunos temas, una referencia para profundizar en su contenido.

Le sugerimos hacerse cargo de las actividades propuestas, leer críticamente y reflexionar frente al texto con el propósito de internalizar los principios transversales del contenido jurídico de las ramas del derecho estudiadas; esto es, el ser humano, en su compleja identidad y magnífica capacidad para diseñar realidades, como también para destruir otras o simplemente dejarse llevar por consideraciones subalternas, de pronto, desconocidas. Podrá constatar que aquí surge lo único que lo ordena y orienta, regula y obliga en beneficio del bien común: el Derecho, con su complejidad -a veces- y con su lógica, en la mayoría de las oportunidades.

Aproxímese al texto con una actitud severa; ejercite, relea, subraye. Este escrito necesita de su actitud activa y crítica, por esta razón, para colaborar con su estudio, se acompañan definiciones para precisar las ideas, resúmenes de contenidos y jurisprudencia actualizada cada vez que lo requiera la norma jurídica que comentamos.

Para un análisis pormenorizado del libro y aplicación de las normas estatutarias, se agrega, al final del texto, «Estudio de casos», que pretende mover a su reflexión, evaluación y crítica, al tiempo que permite al lector inquisitivo -actitud que reconocemos en usted- que aplique lo aprendido al buscar la solución de los hechos descritos.

Los esquemas, especialmente diseñados para este texto, no tienen un afán decorativo, por el contrario, pretenden graficar el contenido que ilustran e invitar a continuar la lectura de los temas. Es el espíritu que también anima la presencia de abundantes actividades al final de los capítulos cuando el tema lo sugiere como oportuno.

Se ha procurado el empleo de fuentes actualizadas, fidedignas y de fácil acceso para los funcionarios municipales a objeto de extender su estudio a estas bibliografías, debidamente enunciadas cuando así procede inmediatamente a continuación del texto, para que el lector las confronte o intente una profundización del contenido que acaba de leer.

OBJETIVOS GENERALES

Luego de estudiar, analizar, evaluar y comprender los elementos instruccionales que estructuran este libro, usted estará en condiciones de:

- 1) Comprender los elementos esenciales del Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, que rigen los órganos del Estado.
- 2) Valorar la importancia de los órganos del Estado, su influencia, facultad y atribuciones, dadas por la Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- 3) Utilizar las bases teóricas que estructuran el Estado de Derecho: el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, del Funcionario Público, como medio de regulación y orden Público Nacional.
- 4) Reconocer el marco teórico y conceptual del Derecho Constitucional, Administrativo y Municipal, relacionado con la Administración Pública y los órganos del Estado de Derecho.
- 5) Conocer y comprender el marco legal que regula la gestión municipal.

ORIENTACIONES PARA EL APRENDIZAJE

El contenido del curso «Derecho Administrativo» está pensado para quienes integran el “Programa Complementario de Capacitación en Gestión Municipal para Funcionarios Municipales de los Estamentos Auxiliar y Administrativos de la Región de Valparaíso”, esta idea inspira y justifica el tratamiento de los temas.

De este modo podrá estudiar el texto, teniendo presente el rol del Estado Administrador y la Municipalidad como una “corporación autónoma 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”¹.

Sin perjuicio de lo anterior, nos aproximamos al estudio de otros de sus órganos y normas legales, que rigen al Funcionario Público.

La organización de los contenidos consulta una división de cuatro unidades, cuyos títulos son:

- Unidad 1: Derecho Constitucional: Teoría General²
- Unidad 2: Principios Jurídicos básicos que sustentan la Administración Chilena
- Unidad 3: La Contraloría General de la República y la Nulidad de los Actos Administrativos
- Unidad 4: Estudio y Análisis de Casos

Otros criterios propuestos para su trabajo son:

- a) Reflexione sobre la manera de aplicar lo aprendido en alguna situación que usted conozca o en nuevas circunstancias laborales.
- b) Relacione los nuevos contenidos con materias ya estudiadas. Esto le va a ayudar a la construcción de una visión amplia de los temas tratados y evaluar personalmente aquellos conocimientos que está adquiriendo.
- c) Insista de modo constante en el mantenimiento de una disciplina personal en el uso de su tiempo de estudio y compromiso de trabajo con este libro.
- d) Apelar a su experiencia laboral acumulada; su deseo de aprender; su afán de afirmación personal; el enorme caudal de conocimientos informales que usted maneja, sean ellos correctos o no.

1 Art.1° de la LOCM

2 No olvide que, en paralelo, usted tendrá un curso de Derecho Constitucional, donde verá en detalle los temas tratados aquí.

- e) Realice una permanente reflexión respecto de un eventual uso práctico del contenido del libro; relaciónelo con las noticias que ocurren a diario en su comuna; aplique los contenidos estudiados; pregúntele al texto los temas emergentes de orden constitucional, municipal. En definitiva, de lo cotidiano en su desarrollo laboral.
- f) Procure diseñar su propio marco teórico y conceptual. El Derecho, en ocasiones, es la «ciencia de lo opinable»³.

UNIDAD 1:

Derecho Constitucional: Teoría General



OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Al finalizar el estudio de esta primera unidad, usted deberá estar en condiciones de:

- 1) Reconocer las fuentes principales del derecho constitucional, los derechos humanos y los poderes del Estado.
- 2) Identificar y utilizar nuevos y acertados recursos constitucionales para la defensa, protección y garantía de sus derechos constitucionales.
- 3) Explicar el funcionamiento del Estado de Derecho y la importancia de sus instituciones para la consolidación de un Gobierno Democrático.
- 4) Establecer la importancia de la integración de las instituciones legales y su rol como persona dotada de derechos y obligaciones.

DESARROLLO TEMÁTICO

Podemos coincidir en que el ser humano tiene una naturaleza política y social, por ende necesita de los demás, de vivir en conjunto, como norma general. Sin embargo, hay personas que deciden aislarse, lo que para algunos ello no es normal. El ser humano desde su nacimiento necesita vivir en comunidad.

1. Naturaleza política, Derecho y Estado político

El individuo está destinado no solo a vivir en sociedad, sino que también a vivir en una sociedad mayor, que es el Estado o Sociedad Política y que está por sobre las otras sociedades, como las comerciales, deportivas, gremiales, etc.

El Estado exige, por lo tanto, la existencia de gobernantes que tengan poder por sobre los grupos organizados en la sociedad, pero también que tengan poder sobre las personas en forma individual. Es necesario que nos formulemos la siguiente pregunta: ¿Por qué las personas necesitan vivir en una sociedad mayor?

Las respuestas que usted podría dar, serían las siguientes:

- 1° **POR LA NECESIDAD DE ORDEN:** Es natural vivir en grupo y es necesario que lo gobiernen. Debe haber un gobernante que coordine la actividad de este grupo y de quienes viven en esta sociedad. Si no hubiera gobernantes, habría desorden social.
- 2° **NECESIDAD DE MANTENER LA PAZ:** En la convivencia de las personas y de las sociedades menores, aunque existan reglas, van a surgir inevitablemente conflictos entre ellos. La solución a estos conflictos aparece cuando hay un órgano competente que mantiene el orden público.
- 3° **NECESIDAD DE DEFENDER A ESTOS GRUPOS:** Para evitar ataques del exterior, de otras sociedades, o personas más o menos organizadas. Es al poder público a quien corresponde la organización de las sociedades menores para la defensa y de la seguridad del individuo y de los *grupos intermedios* menores, como las Juntas de Vecinos, Asociaciones Gremiales, Clubes Deportivos, Federaciones de Estudiantes, Sindicatos, entre otros⁴.
- 4° **NECESIDAD DE PROPORCIONAR AYUDA** a los grupos menores o a las personas que no pueden desarrollar su actividad. Y esto es porque si el individuo ayuda a sus semejantes, con mayor razón es necesario que esta sociedad mayor brinde el apoyo a quien no puede desarrollarse, a quien no puede llevar a cabo la satisfacción de sus fines propios. Es la subsidiaridad del Estado.

De estos cuatro elementos, nace la necesidad de una sociedad mayor y esta sociedad mayor es el Estado. Son las personas las que forman la sociedad mayor del Estado. Para algunos, el Estado no otorga ningún derecho, porque el Derecho es anterior y superior al Estado. El Estado solo reconoce o garantiza los derechos con los cuales nacemos; a esta idea se le denomina "*ius naturalismo*".

Por el contrario, la corriente doctrinaria positivista piensa que el Estado concede los derechos porque es una invención humana para mejorar la vida; es el "*ius positivismo*".

1.1. Conceptos sobre el Derecho

En general, se aceptan las siguientes nociones doctrinarias:

- 1) Conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema jurídico (H. Kelsen).
- 2) Conjunto de normas de conducta humana, establecidas por el Estado, con carácter obligatorio y conforme a la justicia (G. Borda).

Es importante precisar de que el derecho rige relaciones humanas, por lo tanto, deben haber, al menos, dos personas para armonizarlas hacia el bien

4 Vs. Art. 23 CPR

superior o bien común. El Derecho brota de los diferentes aspectos naturales de los seres humanos. De aquí nace la idea de que a los individuos los regula el Derecho Natural.

El Derecho Natural es la expresión o formulación de los primeros principios que rigen la convivencia humana y la guía concreta y real de los seres humanos asociados o no. Se exige que estos principios propios y generales que rigen la convivencia humana deban ser traducidos a normas que es el Derecho Positivo o Derecho que dicta cualquier autoridad, creado por un acto de voluntad humana, o el derecho que surge de la repetición constante de ciertos actos, llamado Derecho Consuetudinario o costumbre.

Note usted, que la diferencia entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo está en que el primero no puede ser impuesto y el segundo sí; que el primero es obligatorio en la conciencia y que el segundo está amparado por la autoridad y puede reclamarse ante ella. Por lo tanto, la obligatoriedad del Derecho está dada por la posibilidad de hacerlo cumplir forzosamente. Así, en Derecho Público solo puede hacerse lo que está expresamente autorizado y, en Derecho Privado, es factible realizar todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido. Para amparar la obligatoriedad está la fuerza pública con que se dota a la autoridad; en nuestro país es Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones⁵.

1.2. Derecho Constitucional

El estudio del Derecho Constitucional queda incluido entre las Ciencias Políticas y, especialmente, dentro del Derecho Público.

El Derecho Constitucional regula, en su aspecto originario, la vida del Estado. Así, podemos decir que el Derecho Constitucional regula:

- La estructura jurídico-política de la Nación.
- Las atribuciones y controles de los diversos órganos del Estado.
- Las relaciones entre estos órganos y los participantes del Estado, que pueden ser sociedades intermedias.
- Los Derechos Humanos, aunque técnicamente es más apropiado decir «Derechos Fundamentales o Constitucionales»; regula y garantiza sus limitaciones y protección jurídico-políticas. Lo anterior se materializa con los Recursos de Amparo (*Habeas Corpus* que no requiere mayores formalidades para recurrir a él) y Recurso de Protección.
- La creación de Normas Básicas, tanto en la forma como en el fondo de estas.

Históricamente las Constituciones surgieron como leyes de garantías de los gobernados frente al ejercicio del poder de los gobernantes. Limitar el ámbito

5 Vs. El párrafo 3º, del Título IV, Libro I del Código Procesal Penal.

del poder público es el objeto de las Constituciones, ya que los gobernados pueden gozar de la libertad que tienen, normas que regulan su ejercicio, con la seguridad de que sus derechos no serán conculcados por los gobernantes. Es por ello que las primeras Constituciones se denominaron Cartas, Declaraciones o Fueros.

1.3. Principios básicos del Derecho Constitucional

Si bien los autores de obras especializadas mencionan diversos principios, coinciden, al menos, en lo siguiente:

- a) Soberanía nacional⁶.
- b) Gobierno democrático. En sus diversas especies⁷:
 - 1) Democracia Directa.
 - 2) Democracia Representativa (Chile).
 - 3) Democracia Indirecta.
- c) La legalidad como fundamento de las decisiones gubernativas⁸.
- d) Responsabilidad y Probidad: para quienes, en el desempeño de sus cargos, transgreden normas jurídicas⁹.

Más adelante encontrará otros conceptos de O.P., que sería interesante que usted compare.

Hasta aquí puede rescatar las siguientes conclusiones:

- La comunicación entre el Estado y la persona es por medio del sufragio.
- Mediante el Derecho Constitucional, debemos buscar el equilibrio entre libertad y poder.
- El Derecho Constitucional es la técnica de la conciliación de la libertad y la autoridad en el marco del Estado Nación.

1.4. Fuentes del Derecho Constitucional

Fuentes del Derecho Constitucional significa principio, fundamento u origen; no se sorprenda por las diversas opiniones y enfoques en este tema. A continuación enumeramos las principales fuentes que usted estudiará en detalle en el curso de Derecho Constitucional y le puntualizamos algunos importantes conceptos:

6 En Chile, Art. 5° de la Constitución Política de la República de 1980.
7 En Chile, Art. 4° C.P.R.
8 En Chile, Art. 6° y 7° C.P.R.
9 Art. 8° C.P.R.

- 1) FUENTES FORMALES DEL DERECHO: Son las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revertir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho. (J. Bonnecase).
- 2) FUENTES MATERIALES DEL DERECHO: Ciertos datos o hechos de la vida social como estándares axiológicos, convicciones, movimiento de opinión, declaraciones partidarias, etc. (E. Aftalión).

CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

a) Fuentes directas o inmediatas:

- 1) Ley constitucional
- 2) Leyes interpretativas de la Constitución
- 3) Leyes complementarias
 - a) Leyes Orgánicas Constitucionales
 - b) Leyes de *quórum* calificado
 - c) Leyes ordinarias o comunes
- 4) Decretos
- 5) Reglamentos
- 6) Instrucciones
- 7) Circulares dictadas por el Ejecutivo
- 8) Reglamento del Senado
- 9) Reglamento de la Cámara de Diputados
- 10) Los Autoacordados dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

b) Fuentes indirectas o mediatas:

- 1) Costumbre y prácticas políticas
- 2) Jurisprudencia de los Tribunales
- 3) Doctrina
- 4) Dictámenes de la Contraloría General de la República y otros organismos consultivos, tales como el Servicio de Aduanas o el Servicio de Impuestos Internos.

2. Características Generales de la Constitución Política de la República de 1980

Analizaremos, brevemente, las tres características fundamentales de nuestro Código Político.

1º *Principio de Subsidiaridad*

La Constitución de 1980 recoge con mucha fuerza este principio y podemos decir que la subsidiariedad limita o dimensiona el ámbito estatal. En el Artículo 1º, aunque no se menciona expresamente el Principio de Subsidiaridad, se enuncia por sí solo, al establecer el inciso primero, la igual dignidad humana y excluye, por lo tanto, cualquier tipo de esclavitud o servidumbre.

El principio de subsidiariedad se manifiesta cuando el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios. Estos grupos nacen de la sociabilidad humana. De aquí que el Estado, aceptando su presencia, los protege, reconoce y los ampara; el respeto al principio de subsidiariedad supone la existencia de un sector privado con libre iniciativa en el campo económico.

En suma, «la CPR consagra expresamente el principio de subsidiariedad, que implica una clara delimitación de las funciones de gobierno y administración; la primera es propia del Estado y, por lo tanto, indelegable y la ejerce a través de sus autoridades y bajo el principio de legalidad, en tanto que la segunda, que le corresponde solo de manera subsidiaria, debe ser radicada en los servicios públicos, desconcentrados territorialmente»¹⁰.

Le he señalado que el Estado garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos; al Estado le va a corresponder actuar cuando estas sociedades o la persona en forma individual no puedan cumplir sus fines propuestos. Pero, una vez recuperada la facultad de accionar, el Estado se retira y permite que estos grupos o personas puedan cumplir con la finalidad que se han propuesto (Art. 23º de la C.P.R.).

2º *Presidencialismo fuerte o acentuado*

El Presidente de la República es el Jefe de Estado y de Gobierno. La responsabilidad política de los Ministros es frente al Presidente de la República, lo que indica que estamos ante un régimen Presidencial. (Capítulo IV, Arts. 24 al 32 de la C.P.R.).

10 Vs., para este tema la obra de Olivos, Ester: *Historia de la administración pública y el Estado chileno*, D.P.E., Valparaíso, p. 110, 1997.

3° *Defensa o protección del régimen constitucional*

La experiencia chilena, como la de otros países, indica que son, a lo menos, tres los grandes peligros que tiene la Democracia y, en consecuencia, el Estado de Derecho:

- a) EL TOTALITARISMO: Es un régimen político que ejerce fuerte intervención en todos los órdenes de la vida nacional, concentrando los poderes estatales en manos de un grupo o partido que no permite la participación de otros.
- b) EL TERRORISMO: La tipificación de este delito polimorfo tiene su origen inmediato en los cometidos con ocasión «del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y, dentro de este grupo genérico, de los delitos cometidos por los particulares, con ocasión del abuso del ejercicio de derechos» (Ribó Durán), pero contrarios a la familia, el orden público o el Estado. En Chile en el Artículo 9°, la Constitución establece las conductas terroristas y tiene por objeto defender la institucionalidad democrática¹¹. El Art. 19°¹², prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la Seguridad Nacional y otras normas que correspondían al Art. 8°, derogado por el Plebiscito de 1989.
- c) LA DEMAGOGIA: Es decir, el mal uso de las instituciones democráticas para favorecer a ciertos sectores de la población, aunque estos sean mayoritarios. Para evitar la Demagogia, se prohíben las leyes misceláneas¹³.

2.1. Los Derechos Humanos

Asumamos al ser humano como una persona dotada de racionalidad, que es capaz de aprender con voluntad y efectividad. Es perfectible, única e irrepetible y está consciente de sí misma. Dadas estas especiales características, podemos asegurar que el ser humano es una persona dotada de dignidad humana. Básicamente, el esquema de interpretación es el siguiente:

- Es un ser racional: piensa reflexiona, juzga, evalúa.
- Capaz de aprender: perfecciona sus potencialidades.
- Tiene voluntad: dirige su conducta a un fin determinado.
- Es consciente: se relaciona con otros miembros del sistema social.

11 Este Artículo se relaciona con el Art. 19° N° 7 letra e)

12 N° 15, inciso cuarto, sexto, séptimo y octavo

13 (Art. 69°), ratificado en el Art. 24° de la L.O.C. del Congreso Nacional; Art. 19° N°2, inciso segundo

El Concepto de los Derechos Humanos lo podemos definir como el conjunto de derechos que corresponden a la persona humana por el solo hecho de ser tal, que se entienden anteriores y superiores a todos los ordenamientos jurídicos positivos, por lo tanto, normalmente reconocidos y garantizados por tales ordenamientos. En Chile, los Derechos Humanos están asegurados en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República. Para otros, los Derechos Humanos son consustanciales a la historicidad de las personas y, en consecuencia, relativos.

Los hitos más significativos del reconocimiento de los Derechos Humanos se manifiestan en: El Ordenamiento de León (1188), Carta Magna Inglesa por Juan Sin Tierra (1215), La Petición de Derechos (1628), Acta de Habeas Corpus (1679), Declaración de Derechos (1689), Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), La Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Encontrará un detalle de estos documentos en el texto referido al Derecho Constitucional.

La clasificación de los Derechos Humanos en dos grandes categorías es útil para comprender su protección, que exige sistemas procesales y, a veces, organismos distintos. Por ejemplo, el derecho a la libertad sindical, el derecho a huelga, entre otros, tienen formas de protección distintas y organismos diferentes encargados de su protección (tribunales laborales, en el caso chileno); en cambio, los llamados derechos civiles son atendidos y protegidos directamente por tribunales ordinarios. Otra diferencia estriba en el rol que, frente a estas dos categorías de derechos, debe asumir la autoridad pública, ya que frente a los derechos civiles y políticos le cabe un rol garantizador o protector (en general pasivo, pues su principal obligación es abstenerse); con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado debe asumir un rol activo distributivo.

3. La Protección de los Derechos Constitucionales

Si usted tiene derechos, ellos son una realidad básicamente virtual, pero será distinto si llega el momento de reclamar su respeto. Estos pueden ser protegidos a través de los Recursos Constitucionales, que estudiaremos a continuación.

3.1. El Recurso de Reclamación de la Nacionalidad

En el Artículo 12 de la Constitución se establece el recurso de reclamación de nacionalidad. A través de él, la persona afectada por un acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se le desconozca, puede recurrir por sí solo o cualquiera en su nombre, dentro del

plazo de 30 días, ante la Corte Suprema, la que conocerá el caso como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspende los efectos del acto o resolución recurridos. El recurso es genérico, se refiere a todo el sistema de la nacionalidad, aplicable tanto a las causales de pérdida o de adquisición de la nacionalidad chilena. El reclamo se formula ante la máxima instancia del Poder Judicial y su conocimiento se realiza por el Tribunal Pleno y no por una Sala de la Corte Suprema, como ocurre ordinariamente.

3.2. El Recurso de Protección

Por esta vía, las Cortes de Apelaciones han llegado a conocer todo tipo de conflictos, tanto de privados contra el poder público como de privados entre sí, destacándose, entre estos últimos, los conflictos de naturaleza contractual. La acción de protección no tiene por objetivo dejar sin efecto resoluciones judiciales, sino poner término de manera rápida a actos arbitrarios o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el Artículo 19¹⁴.

El Recurso de Protección, aunque se llama recurso, no tiene por propósito lograr que se deje sin efecto una resolución judicial. Su objetivo es conseguir que un tribunal superior, mediante un procedimiento breve, ordene poner término a aquellos actos u omisiones arbitrarias e ilegales que causen un agravio, que produzcan privación, perturbación o amenaza de determinados derechos constitucionales. Esta acción jurídica, que se encuentra regulada en la Constitución Política de la República y que, en una norma que dictó la Excm. Corte Suprema, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) **QUE EXISTAN DOS PARTES:** Un sujeto activo y otro pasivo. El sujeto activo, que puede ser una persona natural o jurídica o un grupo de personas, es quien interpone el recurso (no requiere el patrocinio de abogado). Para hacerlo, el único requisito es que debe tener un interés real, concreto, personal, directo y actualmente comprometido, a menos que el derecho comprometido sea la vida, caso en que el recurso de protección puede ser presentado por cualquier persona. El sujeto pasivo, en tanto, es aquella persona o personas que aparecen señaladas en el recurso como responsables del hecho o del acto causante del daño.
- 2) **QUE SE HAYA CAUSADO UN DAÑO A CIERTOS Y DETERMINADOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.** El recurso de protección está concebido

14 Números 1°, 2°, 3° inciso cuarto; 4°, 5°, 6°, 9° inciso final; 11°, 12°, 13°, 15°, 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22° 23° 24° y 25°. También procede en la defensa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (N° 8).

- para amparar solo aquellos derechos cuyo ejercicio puede ser «obstaculizado por una acción u omisión culpable de un tercero o de una autoridad, que sea fácilmente subsanable». No está establecido para proteger derechos que el Estado no está en condiciones de garantizar.
- 3) EL DAÑO QUE SE CAUSA DEBE PRODUCIRSE EN FORMA DE PRIVACIÓN, PERTURBACIÓN O AMENAZA. La privación significa quitar o sustraer algo. Por perturbación se entiende entorpecer el ejercicio de un derecho. Amenaza, en tanto, es intimidación con un daño ilegítimo que aún no se ha producido en el ejercicio de un derecho.
 - 4) FINALMENTE, LA CAUSA DEL DAÑO O AGRAVIO DEBE SER UNA ACCIÓN U OMISIÓN ARBITRARIA O ILEGAL. Se entiende por ilegal aquello que va en contra de la ley y, por arbitrario, lo que es abusivo o caprichoso.

Aparte de estos requisitos establecidos en la Constitución, la Corte Suprema ha agregado otros requisitos para interponer un recurso de protección, entre los cuales es importante mencionar:

- 1) PLAZO: La Corte Suprema estableció un plazo de 30 días corridos para interponer esta acción. Este plazo debe computarse desde la ejecución del acto, la ocurrencia de la omisión o desde la fecha en que se tuvo conocimiento de la acción u omisión respectiva.
- 2) IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR RESOLUCIONES JUDICIALES: La Corte ha establecido que no es posible interponer este recurso en contra de resoluciones judiciales, ya que en dichos casos lo que procede son los recursos judiciales correspondientes, tales como la apelación, reposición, casación y queja, entre otros.
- 3) IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR DISPOSICIONES LEGALES: La Corte Suprema ha establecido, en el caso de leyes que se consideran inconstitucionales, que tampoco procede el recurso, ya que para ello existe otro recurso, que es el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

3.3. El Recurso de Amparo

El Artículo 21 de la Constitución regula el Recurso de Amparo o *Habeas Corpus*, que protege la libertad personal y la seguridad individual respecto de toda persona arrestada, detenida o presa con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes.

Aquí nos encontramos de nuevo con un recurso que procesalmente es una acción, constatando que la Carta Fundamental denomina recurso a los medios de protección que el constituyente establece para salvaguardar los derechos que reconoce y asegura y, en especial, el requerimiento que se formula ante los tribunales en demanda de esa protección. Para que sea procedente el recurso o acción de amparo, es necesario que la persona se encuentre primero

arrestada, detenida o presa y, segundo, que la privación de la libertad se haya efectuado con infracción a lo dispuesto en la Constitución o las leyes.

- a) VICIOS DE FORMA: Entre los vicios de forma consignaremos la orden de una autoridad que no se encuentra facultada para emitirla; cuando se hayan omitido formalidades exigidas por la Constitución o la ley; cuando el afectado por una orden legal no sea puesto a disposición del juez en los plazos señalados o cuando no fuere interrogado por el juez dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que fuere puesto a disposición.
- b) VICIOS DE FONDO: Son vicios de fondo cuando la orden ha sido dictada fuera de los casos autorizados por la ley o cuando haya sido dictada sin antecedentes o mérito que lo justifique. El inciso tercero del Artículo 21 de la Constitución ha dado mayor amplitud a las causales de amparo, ya que se pone en el caso no solo de una efectiva privación de libertad, sino que también considera el caso de una «perturbación» o «amenaza» ilegal de la libertad personal o de la seguridad individual, lo que permite establecer recursos de amparo de carácter preventivos.

¿Quién puede interponer la acción de amparo? El recurso de amparo puede ser interpuesto por el interesado o cualquier persona en su nombre, lo que consagra una acción popular de amparo.

Para llevar el Procedimiento de la acción de amparo, la magistratura que señala la ley es la Corte de Apelaciones respectiva. El escrito por el cual se interpone el recurso está exento de todo formalismo, no precisando patrocinio de abogado ni designación de apoderado. Su tramitación es breve y sumaria; tiene preferencia para su vista y fallo sobre las causas ordinarias y debe ser resuelto en veinticuatro horas. Sin embargo, el plazo aludido puede ser ampliado a un lapso de seis días o con el término del emplazamiento correspondiente, si este excede de seis días, cuando hubiere necesidad de practicar diligencias para establecer antecedentes del recurso fuera del lugar en que funciona el tribunal llamado a resolverlo.

Antes de fallar, la Corte de Apelaciones puede ordenar que el individuo sea traído a su presencia, comisionar a alguno de los ministros para que se traslade al lugar en que se encuentra el afectado, oiga a este y, en virtud de los antecedentes, disponga su libertad o no subsane los defectos objetos del reclamo, debiendo dar cuenta de lo obrado al tribunal y solicitar el envío inmediato de los autos originales en que se dictó la resolución recurrida. Del fallo de la Corte de Apelaciones sobre el recurso de amparo puede apelarse ante la Corte Suprema, dentro del plazo de veinticuatro horas, ingresada la apelación ante esta última, se ordenará agregar extraordinariamente a la tabla del mismo día o del día siguiente a más tardar para su vista y fallo por la Sala de la Corte Suprema que se determina por sorteo, donde se fallará el recurso, previo alegato.

3.4. Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

Es un recurso extraordinario, que tiene por objeto lograr que se declare inaplicabilidad para un caso particular, un precepto legal contrario a la Constitución¹⁵. Sus principales características son:

- a) No es un recurso propiamente tal, aún cuando la Doctrina Jurídica habla de recurso: en efecto, su finalidad no es atacar o impugnar una resolución judicial.
- b) Mediante él se pretende que, para un caso en particular, no se aplique alguna norma por ser contraria a la Constitución; para los demás casos, la norma respectiva seguirá siendo aplicable.
- c) El Tribunal Constitucional, de oficio, puede declarar la inaplicabilidad de una norma¹⁶.
- d) El plazo para interponer el recurso está dado por el hecho y la existencia de una gestión pendiente.

Jurisprudencia de esta acción señala que: «Solo existe la posibilidad de declarar la inaplicabilidad de una norma legal relativa a una gestión que se tramita en un tribunal diferente de la Corte Suprema, siempre que la aplicación de este precepto se dirija a establecer o crear la situación en él previsto». Se distinguen algunas clases:

- a) RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN LA FORMA: Es aquel en que se pide que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, porque en la elaboración de la ley no se siguieron los trámites que al respecto contempla la propia Constitución.
- b) RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO: Es aquella en que se pide que se declare la inaplicabilidad por la inconstitucionalidad de un precepto legal, porque este se opone a cualquier norma que contenga la Constitución Política, por ejemplo: Se dicta una ley que establece la desigualdad ante la ley, que iría en contra del N° 2 del Art. 19 (Iguales ante la ley).

En cuanto a la Procedencia de esta acción, se estipula que: El Tribunal Constitucional, de oficio o petición de parte de las materias que conozca (1ª situación) o que le fueren sometidas (2ª situación) en recursos interpuestos en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución; además, el recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión; contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno¹⁷.

15 Art. 93 de Constitución Política de la República

16 Art. 93 C.P.R.

17 Art. 94 C.P.R.

4. Elementos del Estado de Derecho

En este punto, comenzaremos nuestro estudio de esta organización a la que pertenecemos obligatoriamente, diciendo que «Estado» no es un término que se usa solo en Derecho Constitucional como organización Política. Así, podemos distinguir:

- 1° El Estado es una unidad política superior.
- 2° Se puede entender como el conjunto de los Poderes Públicos, central, regional y local.
- 3° Estado; reservado solo a los órganos del Poder Central.

4.1. Definiciones de Estado

Nos vamos a referir a la conceptualización de Estado:

- Según Andrés Haurriou, el Estado es una agrupación humana fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico, orientado hacia el bien común, establecido o mantenido por una autoridad dotada de poderes de coacción.
- Zafra señala que el Estado es un grupo institucional preponderantemente comunitario, rigurosamente delimitado en lo personal y en lo espacial y dotado de una organización social, burocrática, coherente y jerarquizada, que se manifiesta como relativamente autónoma y como primordial en lo temporal.

De las definiciones dadas, podemos distinguir los elementos que constituyen el Estado:

- El territorio.
- La Nación.
- El pueblo o la población.
- El Gobierno o poder.

Podríamos decir que la Nación es el elemento inspirador de un Estado, el que le da su contenido espiritual y características. Pero solo no basta. Es indispensable que este contenido espiritual, adquiera forma y consistencia, a través de una estructura, esto es, que exista organización política, es decir que sea «ciudad».

En todo Estado moderno, la organización política está regida por normas básicas o fundamentales, contenidas en un documento de importancia, llamado Constitución Política de la República. (C.P.R.).

La Constitución, denominada también Carta Fundamental, señala cuál es la organización de un Estado, cuáles son los órganos que expresan y canalizan la vida de ese Estado, cómo se generan sus autoridades, cuáles son las atribuciones y responsabilidades de estas, cómo o a través de qué medios deben responder ante la Nación a la cual deben servir, cómo debe estructurarse la integración de los diversos órganos del Estado (Poderes), cuáles son los derechos fundamentales de quienes habitan en ese Estado (Garantías Constitucionales), quiénes son los «nacionales» o personas pertenecientes a ese Estado (nacionalidad), cómo ejercen su derecho a participar en la conducción del Estado (ciudadanía), entre otras materias.

4.2. El territorio como elemento del Estado

Se define como una porción determinada de la superficie de la tierra que sirve de asiento o sitio estable a una Nación políticamente organizada. El territorio constituye el marco físico dentro del cual vive el Estado. Dentro de él se aplica la organización política y se cumplen las decisiones que se adoptan; señala el ámbito espacial de validez del ordenamiento jurídico propio de un Estado. El territorio no está formado solo por determinada porción de la superficie terrestre, delimitada por límites más o menos precisos que constituyen las «fronteras», sino que además se proyecta sobre el mar, el subsuelo y el espacio aéreo, según normas regidas por el Derecho Internacional.

El territorio sirve para determinar en su interior el ámbito de competencia de las autoridades, delimitada en un territorio determinado; en nuestro caso, el Intendente en una Región; el Gobernador en una Provincia; el Alcalde en su Municipalidad.

4.3. Nación

Cuando entre los seres humanos se establece una convivencia generalmente prolongada en suelo de contornos más o menos precisos, se va formando y robusteciendo, de modo paulatino y espontáneo entre ellos, la vivencia de estar participando de una comunidad de valores que, a su vez contribuye a fortalecer sus muchos vínculos.

A pesar de la diversidad de edades, sexos, actividades, profesiones y de la particularidad con que cada cual concibe y realiza su propio plan de vida, perciben los convenientes beneficios de la consistencia de lazos que los estrechan e intuyen la realidad de un destino común.

Una Nación se constituye cuando se formula un proyecto de vida en común y este obtiene adhesión de las personas cuando es compartido por un grupo humano; no es necesario un pasado común, por ende, en un momento de su

historia puede abandonar su pasado. «La Nación no es para estar juntos, sino para hacer algo juntos».

4.4. La población o pueblo

Es el elemento humano del Estado. Sin población no puede existir Estado, porque este es la organización política que se da a un grupo humano. Las personas no son consideradas individualmente, sino que en sus relaciones, como sociedad. Entonces, ¿quiénes serían considerados miembros permanentes de este Estado?. Serían considerados los que tengan vínculos permanentes, es decir, los que adquieren la nacionalidad. Esta vinculación presenta un doble aspecto. Por una parte, sujeta a las personas y, por otra, al poder que sobre cada una de ellas ejercerán los poderes del Estado.

Por otro lado, el hecho de pertenecer a un Estado coloca a las personas en una posición favorable, que les va a permitir ejercer derechos y poderes. Esta vinculación entre Estado y persona, se da también con las Personas Jurídicas.

4.5. Gobierno o poder

Genéricamente el poder es la facultad que tiene una persona de obligar a otra a hacer algo que de otra manera no haría.

Es la capacidad de influir en el comportamiento de las personas y se encuentra presente en todos los Grupos, sean estos Primarios o Secundarios. Se puede influir:

- Cuando una persona da una recomendación, un consejo, una sugerencia y se respeta, se le hace caso, se le escucha.
- A través de una orden que lleva implícita una amenaza.

A la primera forma de influir, se le denomina persuasión o autoridad socialmente reconocida. No se puede delegar, es personal.

A la segunda forma, se le llama Poder o Potestad y es el poder socialmente reconocido; la potestad puede delegarse. El poder de potestad lo posee la autoridad. La autoridad de Gobierno actúa por la propia autoridad que le da su cargo o por la fuerza o coacción que le da la ley. En forma complementaria, está la sugestión como forma de influir en el subconsciente de una persona, para que se haga lo que quiere en definitiva el Gobernante. Los gobernantes con capacidad política tienen buen criterio, por regla general, para decidir sobre los asuntos colectivos.

Los Gobernantes tienen poder, como Pueblo Activo, puesto que pueden actuar en el Poder Político y en la opinión pública. Ejemplo: los plebiscitos y las elecciones populares.

Debe quedar claro que el pueblo tiene poder político solo cuando es la opinión pública respetada, organizada y coherente¹⁸. Esta afirmación nos lleva a preguntarnos: ¿Por qué se obedece el poder político?

- 1) Se obedece, porque el poder es algo necesario para los objetivos de un Estado de Derecho y, como es necesario que exista un poder, le da consistencia y fuerza en su actuación.
- 2) Se obedece mediante el consentimiento, es decir, la aceptación voluntaria de las órdenes que da el Gobernante. Ningún Gobernante podría permanecer en el poder, si no cuenta con el consentimiento de las órdenes que da. Y tampoco podría mantenerse si todas ellas las impusiera por la fuerza y tuviera que aplicarlas coactiva o coercitivamente. Algunos opinan que, por lo menos, debe ser del orden del 20% (según Encina) la adhesión popular. Lo cierto es que tales porcentajes, además de relativos, son inestables.

18 Vs. a vía de ejemplo, el N° 14 del Art. 19 C.P.R.

ACTIVIDADES

- 1) Intente su propia definición de Derechos Humanos.
- 2) Intente una definición propia de Recurso de Protección.
- 3) Defina:
 - a) Privación
 - b) Perturbación
 - c) Amenaza
- 4) Justifique cuándo procedería presentar un Recurso de Protección contra la Municipalidad donde se desempeña. Investigue si existe algún caso en este sentido.
- 5) Analice la razón de por qué no es posible presentar un recurso de protección en contra de resoluciones judiciales.
- 6) Averigüe dónde y cuántas Cortes de Apelaciones hay en Chile (Código Orgánico de Tribunales)¹⁹.
- 7) Remítase al N° 1 del Art. 19 de la Constitución Política de la República de 1980.
- 8) Lea atentamente el Art. 1° de la Constitución Política de la República de 1980.
- 9) ¿Cómo se vincula su Municipalidad con la familia?
- 10) Responda:
 - a) La familia que la ley establece, ¿se debe fundar en el matrimonio?
¿Por qué?
 - b) ¿Cómo protege el Estado a la familia no fundada en el matrimonio?

19 Vs. las interesantes obras de: Olave A., Cristián: Recurso de Protección, Conosur, Stgo., 1999, y de Jana L., Andrés con Marín G., Juan C.: *Recurso de protección y contratos*, Jurídica, Stgo., 1996.

UNIDAD 2:

Principios jurídicos básicos que sustentan
la Administración Chilena



OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Reconocer y comprender los principios jurídicos de la Administración Pública Chilena.
- 2) Identificar los elementos y características esenciales de la Función Pública.
- 3) Comprender los derechos, obligaciones, prohibiciones de todo funcionario público.
- 4) Conocer los procesos disciplinarios y sanciones administrativas.
- 5) Valorar los principios y normas legales que regulan la Administración del Estado.

DESARROLLO TEMÁTICO

El estudio y conocimiento de los derechos funcionarios del empleado público en general ha cobrado en nuestros días la mayor importancia. El uso frecuente de términos técnico-jurídicos por la opinión pública y por los medios en los que se expresa, acerca a las personas al Derecho e intentan abordarlo o simplemente manifiestan interés por comprender su contenido. Lo relevante es que no solo existe este afán de los sujetos por el Derecho, sino que se registra un acercamiento del Derecho a las personas.

Algunas de las razones que explicarían lo anterior, serían:

- a) HISTÓRICAS: Desde el momento en que la crisis político-institucional que derivó en los hechos del 11 de septiembre de 1973 se explicó, en buena parte, por la vulneración del ordenamiento constitucional vigente en esa época, en que regía la Constitución de 1925²⁰.
- b) CULTURALES: Existe una mayor información en la opinión pública sobre la esencia y fines del Estado moderno, de los derechos fundamentales que se reconocen a las personas y del carácter instrumental y de las atribuciones de los órganos de poder público o estatal.
- c) INSTITUCIONALES: Al contener la Carta Fundamental vigente preceptos novedosos, estos permiten al individuo vivir sus derechos con mayor integridad, al mismo tiempo que reclamar con mayor vigor la observancia

20 Vs.Bravo L., Bernardino: *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Jurídica, Santiago, 1986.

por parte de la autoridad de sus atribuciones funcionarias, dentro de los límites constitucionales y legales, sin conculcar los derechos de las personas. No debe sorprender la fuerza irruptiva del Derecho Público en el quehacer no solo jurídico de nuestra sociedad, sino que, además, en la actividad global de la convivencia en comunidad.

1. De los órganos del Estado de Derecho

Existen valores o principios respecto de los cuales la sociedad chilena tiene concordancia y sentimientos comunes. Tal afirmación, en principio aventurada, se compadece con la tradición histórica, que demuestra la certeza de la misma. A los titulares de los órganos que cautelan los derechos de los empleados públicos (Poder Judicial, CGR, Municipalidades) es a los que debe dirigirse el estudio de sus resoluciones, para el primero, o dictámenes, en los segundos, con el fin de adquirir conciencia sobre los valores y principios que fluyen del Código Político. Es fundamental que el ciudadano tenga conciencia de tales valores y que los servidores públicos -aquellos que ocupan cargos públicos, sean o no de elección popular- desempeñen sus funciones con la convicción de ser titulares de un mandato, cuyo objetivo básico es servir a la sociedad, atendiendo celosamente al marco normativo impuesto por la Constitución y las leyes que regulan el Orden Público. Coincidimos con la siguiente sentencia: «uno de los vacíos más notorios que es posible advertir cuando deban analizarse materias de Derecho Público Constitucional y Administrativo en el medio jurídico chileno es la ausencia de ideas claras y comprensión exacta respecto del régimen que la Carta Fundamental ha establecido en lo que concierne 1) a la actuación de los órganos del Estado y 2) al ejercicio de las potestades públicas con que han sido habilitados, olvidándose muy frecuentemente que tales poderes les han sido conferidos única y exclusivamente para hacer posible el bien común de la sociedad política en el orden temporal»²¹. De lo anterior, usted *podrá concluir* que el Estado y sus órganos:

- a) Tienen como finalidad inherente, única y exclusiva servir a la persona.
- b) Son seres instrumentales, que se mueven y agotan solo en el orden puramente temporal, de hecho, «el valor del mismo es, al final de cuentas, el valor de los individuos que lo componen» (J. Stuart Mill).
- c) Requieren de fórmulas de publicidad de sus actuaciones.
- d) Deben ser controlados por la comunidad nacional y sus propios agentes estatales.

21 Cf. Carello, Armando: *Derecho Constitucional y Administrativo*, Juris, Rosario, 2002.

Aplicando estos criterios al papel del Estado en el desarrollo institucional de Chile y desde una visión estrictamente legal, se hace necesario:

- a) Revisar el contenido del Estatuto Administrativo, con el fin de mejorar y actualizar su contenido.
- b) Dar debida publicidad a los dictámenes y resoluciones que regulan y pormenorizan la función pública, debida cuenta de que el Código del Trabajo, en su Art.476, señala que: «La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen». «Los funcionarios públicos deberán informar a la Inspección del Trabajo respectiva, las infracciones a la legislación laboral de que tomen conocimiento en el ejercicio de su cargo». Cuando el Art. 476 se refiere a «otros servicios administrativos» debemos pensar, entre otros, en la CGR.

Antes de continuar, recordemos lo que se entiende por:

- a) ESTADO DE DERECHO: Es aquel en el cual se respetan los derechos esenciales de las personas y existen los recursos judiciales y administrativos para restaurar el imperio del Derecho lesionado, reparar el daño causado o impedir su privación, amenaza, entorpecimiento o conclusión.
- b) DERECHO AFECTADO EN SU ESENCIA: El Tribunal Constitucional ha dicho que un derecho es afectado en su esencia «cuando se le priva de aquello, de manera tal que deje de ser reconocible. Se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica». (Causa Rol N° 43/87).
- c) ORDEN PÚBLICO: Es el conjunto de principios inspiradores de la organización de Estado y la familia que, según el orden moral y las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores y fines humanos fundamentales. Para el profesor Donald Fox, el Orden Público «es el conjunto de ideas, principios sociales, políticos, morales y económicos, de tal forma fundamentales y conformadores del orden de la convivencia que, a su conservación, se entiende obligada la propia organización social». Aquí se encuentran, entre otras, las normas constitucionales, penales, económicas, tributarias, laborales y de familia. La Excma. Corte Suprema define el Orden Público de manera más restringida, señalando que es «Un conjunto de disposiciones establecidas por el legislador en resguardo de los intereses superiores de la colectividad y la moral social».
- d) DISCRIMINACIÓN: La Corte Europea de Derechos Humanos (1979) ha señalado que: «Una diferenciación es discriminatoria, si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o

si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido». En nuestro país, acogiendo estos criterios, se estima que las diferencias entre los seres humanos, de raza, sexo, ideológicas, religiosas, así como de nacimiento, son todas circunstancias irrelevantes para los efectos de establecer diferencias jurídicas. En efecto, el Art. 2° del Código del Trabajo, modificado por la Ley 19.757, establece: «Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Por lo tanto, son actos de discriminación las ofertas de trabajo que señalen como requisito para postular cualquiera de las condiciones referidas».

En lo que viene a continuación, nos ocuparemos de los derechos y deberes de la función pública, análisis del Estatuto Administrativo, la responsabilidad del funcionario público, el sumario administrativo, la probidad administrativa y un acercamiento a la nueva ley del Nuevo Trato y de Alta Dirección Pública.

Una advertencia final: La extensión del presente texto impide pormenorizar aspectos que podrían requerirse; para estos efectos, se indica la fuente legal, en cada caso, valorando desde luego su interés personal en profundizar en su cabal comprensión de ellos.

Reiteramos la necesidad de tener a su disposición (de ser posible) los cuerpos legales mencionados: Estatuto Administrativo, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 y la Constitución Política de la República de 1980.

No obstante que se transcriban las normas a que se hace referencia, no está de más que se remita a la fuente originaria, reconozca la norma en el contexto y coordinación con otras, haga anotaciones al margen, si lo estima adecuado, y revise la actualización de su contenido.

En su escritorio de trabajo o lugar de estudio, le aconsejamos tener siempre a mano un diccionario, lápiz grafito, goma de borrar, destacadores, hojas suficientes para hacer resúmenes. Se trata de que intervenga éste texto, desarrolle las actividades propuestas y aprenda a fondo los temas que estudia.

2. La Función Pública

Se entiende generalmente la función pública como toda actividad temporal o permanente, remunerada o a honorarios, realizada en nombre del Estado o de sus órganos, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Hablar de función pública implica analizar el tema del Servicio Público en la Administración del Estado.

Es difícil coincidir con un concepto integral de lo que debemos entender por función pública, debido a que en los últimos 100 años la acción del Estado se ha ido ampliando considerablemente y ya no solo realiza actos de poder, sujetos estos a la total normativa jurídica del Derecho Público, sino también a realizar actividades que, en muchos casos, se encuentran sometidas al Derecho Privado. Así han nacido diversas corrientes doctrinarias, que intentan definir lo que debe entenderse por función pública. A continuación lo invitamos a estudiar las escuelas clásicas, el concepto orgánico y funcional de función o servicio público.

- 1) **ESCUELAS CLÁSICAS:** Los autores del siglo XIX identificaban al servicio público, desde un punto de vista social, con los destinatarios de la acción estatal, como servicio que se presta al público o aludiendo con ella genéricamente a todos los organismos dependientes del poder central que se encargaban de las funciones del Estado. Se sostenía así que la función de ejecución de las leyes que las cartas constitucionales confiaban al poder ejecutivo se materializaban precisamente a través de estos organismos, denominados servicios públicos, más aún cuando dentro del Poder Ejecutivo dichas cartas fundamentales incluían dos funciones diferentes: el gobierno y la administración, correspondiéndole al gobierno la labor política de dirección y la administración, es decir, la tarea operacional de ejecución a cargo de estos servicios.
- 2) **CONCEPTO ORGÁNICO:** Para esta Escuela, son servicios públicos el conjunto de instituciones y organismos que integran la administración del Estado, los cuales se crean para satisfacer determinados fines o necesidades, cualquiera sea el campo donde este actúa, es decir, concibe la totalidad de los organismos estatales como servicios públicos. Como usted podrá observar, es posible formular las siguientes críticas:
 - a) El concepto adquiere gran extensión ya que, cuando el Estado crea un organismo público, no siempre pretende satisfacer necesidades de carácter público, por ejemplo, el Ministerio Secretaría General de Gobierno (L. 19.032/90), la Oficina Nacional de Retorno (L. 18.994).
 - b) La noción de servicio público ya no tiene la importancia que tuvo en el tiempo de su gestación (1° mitad siglo XIX), época en la cual se consideraba el eje central del Derecho Administrativo.
- 3) **CONCEPTO FUNCIONAL:** Se trata de un concepto finalista; atiende no a la naturaleza del órgano sino a las actividades que realiza. Así conciben servicio público como una actividad que persigue un fin de interés general, ya sea por un órgano del Estado, por personas privadas, naturales o jurídicas. Este es el criterio que se aplica dentro del Derecho Público contemporáneo, para el cual la noción de servicio público no está determinada solo por la actividad del Estado, sino que surgen nuevas modalidades en que el Estado se convierte en empresario o participa con otras personas, cuya actividad

se regula por el Derecho Común, como sucede en las concesiones o empresas estatales; ASMAR (D.F.L. N° 321/60), Banco del Estado de Chile (D.F.L. N° 126/53), hoy BancoEstado.

3. Derecho Público en la Ley Chilena

Repasemos algunas ideas propuestas y que usted estudió en los Capítulos I y II. Recuerde que la Constitución Política de la República establece las normas fundamentales para la Administración del Estado; señala en su Artículo 24 inc. 1 y 2 que «El gobierno y administración del Estado corresponde al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes» y en su Artículo 38 que «Una ley orgánica Constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes»²².

Con respecto al servicio público, la Constitución señala que estos organismos deben ser creados por ley ordinaria y que corresponde exclusivamente al Presidente de la República la presentación de proyectos que digan relación con la creación de un servicio público. Sin embargo, la doctrina ha señalado que también podrán ser creados por Decretos con Fuerza de Ley. La Ley permite también la reorganización o modificación de los Servicios Públicos ya creados cuando estos no cumplen adecuadamente sus funciones. El Presidente de la República podrá:

- Modificar las atribuciones y facultades o poderes de sus autoridades. (Art. 65 N° 2).
- Crear nuevos empleos, modificar los existentes o fusionarlos. (Art. 65 N° 2 C.P.R.).
- Crear otras fuentes de financiamiento. (Art. 32 N° 20).
- Cambiar los fines y objetivos del Servicio. (Art. 32 N°s: 6, 7, 8, 9, 10 de la C.P.R.).
- Establecer o modificar las normas sobre seguridad social (Art. 65 N° 6).

3.1. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575

En la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (N° 18.575) encontramos una definición legal de Servicio Público, donde se consideran como tales a los órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, a través de los respectivos Ministros, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar.

Usted ya conoce cuáles son las características de los servicios públicos y, sin duda, las advierte en su propio desempeño:

- a) **INTERÉS PÚBLICO:** El servicio público está determinado siempre por este interés, que tiene un carácter general o colectivo; se trata de satisfacer una necesidad de la comunidad en que el servicio se instala.
- b) **CONTINUIDAD O REGULARIDAD:** Su funcionamiento no puede paralizarse, porque perjudicaría un interés colectivo; así, se prohíbe la huelga o la sindicalización, por ejemplo.
- c) **IGUALDAD:** Los servicios o prestaciones deben ser iguales para todos los habitantes que utilicen sus servicios; no puede haber privilegios.
- d) **GENERALIDAD:** Las prestaciones deben otorgarse a todos, sin que se pueda aceptarlas para unos y negarlas para otros.
- e) **PERMANENCIA:** En la medida que subsistan las necesidades colectivas que originaron dichos servicios.
- f) **OBLIGATORIEDAD:** El Estado tiene la obligación de prestar dichos servicios a todos los habitantes de la República y ellos el derecho a exigir dicha prestación.

Conviene ahora preguntarnos, ¿cuáles son los elementos del servicio público? Generalmente se aceptan los siguientes:

- a) **NECESIDAD PÚBLICA QUE DEBE SER ATENDIDA:** Este concepto es extremadamente cambiante, se identifica con la satisfacción de una necesidad de carácter público por parte del Estado, por lo cual sin este elemento no hay servicio público. Sin embargo, no todas las necesidades tienen igual jerarquía; así, existen necesidades que el Estado satisface en forma exclusiva, por ejemplo la defensa nacional, servicios diplomáticos y otras, asociado con otros agentes; por ejemplo: la educación, salud, movilización, vialidad.
- b) **BIENES O RECURSOS PARA FINANCIAR EL SERVICIO:** Estos pueden tener origen en la comunidad (donaciones, herencias, impuestos, multas, etc.) o en la Ley de Presupuesto; por ejemplo: fondos propios (servicios autónomos).

- c) **PERSONAL:** Está formado por agentes o funcionarios públicos que pueden encontrarse en dos condiciones:
- Formando parte de la organización permanente del Estado (funcionario público propiamente tal). Dentro de este grupo, atendida su jerarquía, se distinguen jefes superiores y subalternos. Se diferencian porque a los primeros les corresponde ejercer las potestades de mando, disciplina y solución de conflictos y los subalternos son quienes se desempeñan como subrogantes, suplentes o a contrata (transitorios).
 - Particulares, a quienes el Estado les ha encomendado satisfacer una necesidad pública (concesión).
- d) **RÉGIMEN JURÍDICO:** Se aplican las normas de Derecho Público que regulan la administración del Estado.

En la Ley de Bases de la Administración del Estado se establecen principios generales que regulan toda la administración del Estado y, por supuesto, los servicios públicos. Esta ley termina con un régimen jurídico-administrativo de la función pública en que no existía claridad de los roles de los organismos del Estado. Establece una conceptualización del servicio público y otorga una mayor importancia a la función que cumplen los Ministerios; en términos generales, determina la organización básica de la Administración Pública, garantiza la carrera funcionaria y la igualdad de oportunidades para el ingreso a la administración y un continuo perfeccionamiento y capacitación.

3.2. Principios de la organización administrativa en Chile

Estos principios son:

- 1) **SUBSIDIARIEDAD:** En el curso de Derecho Constitucional y en la Unidad 1 del presente texto usted ya estudió este principio. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, corresponde al Estado, grupo mayor dentro del ámbito nacional, realizar su actividad en aquellos campos que no pueden abarcar adecuadamente los individuos aisladamente o los grupos intermedios entre el Estado y los individuos²³.
- 2) **COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA:** Los diversos servicios y organismos del Estado deben actuar de modo que sus actividades no se perturben recíprocamente y, por el contrario, exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, de manera que no se multipliquen inútilmente los esfuerzos. La actividad de cada organismo administrativo debe adecuarse con la que sobre el mismo particular realicen otros, teniendo

23 inciso final, Art. 3º, L. 18.575.

ellos mutuo conocimiento del quehacer de cada uno cuando convergen sobre un mismo asunto o materia²⁴.

- 3) EFICACIA ADMINISTRATIVA: Se trata de que la Administración del Estado obtenga el mejor rendimiento de sus propios recursos y con el menor costo posible²⁵.
- 4) IGUALDAD DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: La Constitución, en su Artículo 19, número 17, consagra como derecho constitucional de todas las personas «la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes», pero al constituyente no le ha bastado esta declaración, sino que ha añadido a ella, en el Artículo 38, inciso primero, que una Ley Orgánica Constitucional garantizará la carrera funcionaria y asegurará la igualdad de oportunidades de ingreso a la administración y a la carrera funcionaria²⁶.
Respecto del ingreso a la Administración Pública, la ley dispone de que el ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de aptitudes y méritos. (L. 18.834). La Carrera Funcionaria en un municipio, la regula el Art. 15 y sgte. del E.A.F.M. que le aconsejamos leer detenidamente.
- 5) LEGALIDAD: Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las leyes. La Constitución establece las normas fundamentales por las que se rigen la organización y actividad del Estado con los particulares, consagradas en las garantías individuales constitucionales por medio de las cuales prescribe límites a las actividades de la Administración Pública, que está obligada a respetarlos. A través de su articulado, vemos cómo ella no solo crea los diversos Órganos de la Administración del Estado llamados a ejercer la función y razón fundamental a las distintas instituciones y los actos que norma el Derecho Administrativo, sino que da las bases principales de lo que podríamos denominar el Derecho Administrativo propiamente interno, o sea, el que se refiere al funcionario y a la función pública. Asimismo establece el principio fundamental que rige la competencia o esfera de atribuciones de cada autoridad (Art. 7° CPR) y precisa las facultades especiales de los principales órganos administrativos.
- 6) IGUALDAD EN LA CARRERA FUNCIONARIA: Dentro del principio de la carrera administrativa, entendemos que se comprende la regla del Artículo

24 Vs. Art. 5°, L. 18.575

25 Art. 3°, L. 18.575

26 Vs. el Art. 6° de la E.A.F.M.

38 de la C.P.R., en el sentido de asegurar a los funcionarios la estabilidad en el empleo, sin que puedan los funcionarios cesar en sus empleos administrativos por otras causales que las que señala este mismo precepto. Hacen excepción a esta regla los empleados que sirven cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad llamada a hacer el nombramiento. En estos casos, la autoridad que nombra a tales funcionarios puede removerlos a su voluntad. Los funcionarios públicos solo podrán ser destinados a funciones propias del empleo para el cual hayan sido designados, dentro del órgano o servicio público correspondiente. Lo anterior no obsta a que ellos puedan ser designados en comisiones de servicio para el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero; pero las comisiones de servicio serán esencialmente transitorias y no podrán significar el desempeño de funciones de inferior jerarquía a las del cargo o ajenas a los conocimientos que este requiere o al servicio público.

Luego, el funcionario no puede ser designado en comisión de servicios fuera de la Administración del Estado ni tampoco en forma permanente ni exigir el desempeño de funciones de inferior jerarquía ni ajenas a los conocimientos que el cargo del comisionado requiere²⁷.

- 7) JUSTICIA DE LAS REMUNERACIONES: La ley se ha preocupado también de que, ante circunstancias semejantes, los funcionarios reciban un trato económico también semejante. En efecto, para los sistemas legales de remuneraciones se procurarán aplicar el principio de que a funciones análogas, que importen responsabilidades y se ejerzan en condiciones similares, se les asignen iguales retribuciones y demás beneficios económicos. Para estos efectos, el Art. 5° y 92 de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, nos aporta interesantes conceptos.
- 8) CONTROL: El control de un órgano administrativo implica la verificación de que su actuación se conforma con las reglas técnicas de eficiencia y legalidad, o sea, puede existir un control de mérito y un control legal. Si se trata de este último, deberá verificarse que las actuaciones del órgano se efectúen conforme a derecho. Este control puede admitir diversas clasificaciones, a las cuales no nos referiremos en particular en esta oportunidad. Sobre el control, el Artículo 11° de la Ley N° 18.575, dispone que «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». «Este control se extenderá tanto a la

27 Cf. Schiessler A., Guillermo: *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, Edeval, Valparaíso, 1989.

eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones»²⁸.

- 9) **RESPONSABILIDAD FUNCIONARIA:** Los funcionarios públicos son responsables por los actos que dicten o ejecuten y por las omisiones en que incurran en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa y, excepcionalmente, política. Ya ha tenido oportunidad de apreciar cómo hay normas constitucionales que aluden a la responsabilidad de los órganos y agentes o funcionarios del Estado. El Artículo 15 de la Ley N° 18.575 dispone que «el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones». (Vs. L. N° 18.883, Art. 1°). Para estudiar los principios de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, debemos remitirnos a la Ley N° 19.880.

3.3. Derechos y deberes de la función pública

Antes de desarrollar el tema central, relativo a los derechos y deberes de los funcionarios públicos, es necesario realizar una breve reseña de la función pública, considerando su concepto e importancia y, especialmente, el Estatuto Administrativo, como texto normativo para el ejercicio de la función pública y como marco legal de los derechos y deberes de los agentes de la Administración del Estado.

- a) **CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA:** «Es aquella actividad que desarrolla la dotación humana de la Administración del Estado, para poner en funcionamiento el servicio público»²⁹. El Art. 40 de la LOCM, señala que: «son funcionarios municipales el alcalde, las demás personas que integren la planta de personal de las municipalidades y los personales a contrata que se consideren en la dotación de las mismas fijados anualmente en el presupuesto municipal». El propósito de esta norma permite establecer que el personal a contrata, figura jurídica que introduce la Ley de Plantas, tendrá la calidad de funcionario municipal³⁰.

28 Vs. Silva Cimma, Enrique: *Derecho Administrativo*. El control público. Jurídica, Stgo., 2004.

29 Bork V., Luis: *Derecho Administrativo*. Apuntes de Clases. U. del Mar, Valparaíso, 2000

30 Vs. Ley N° 19.882/03 que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica.

- b) **IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA:** El aspecto que mejor revela la importancia de la función pública es su efecto de poner en funcionamiento el servicio público y de este modo satisfacer las necesidades de la comunidad, pudiendo así el Estado dar cumplimiento a su fin máximo, que es la concreción del bien común.

4. El Estatuto Administrativo como base del análisis de los derechos y deberes funcionarios

Como concepto de Estatuto Administrativo podemos establecer que «Es el conjunto de normas que regulan y establecen el ingreso, derechos, deberes, responsabilidades y cese de las funciones de los agentes de la administración del Estado».

La importancia del Estatuto Administrativo para el desarrollo del tema radica en que toda referencia a derechos y deberes de los funcionarios públicos debe partir mencionando su marco legal, es decir, el Estatuto Administrativo, en donde se contienen requisitos normativos para el ejercicio de la función pública, que regulan especialmente la carrera funcionaria en cuanto al ingreso, derechos, deberes, responsabilidad y término de la función que cumplan los agentes del Estado dentro de la administración pública.

4.1. Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834)

El Estatuto Administrativo entra en vigencia con su publicación en el D.O. el 23 de Septiembre de 1989. En su Título I, el cual contiene las normas generales, es preciso señalar su Artículo N° 1, en relación al inc. 1, Art. 18° L.O.C.B.G.A., que señala a los órganos del Estado a los cuales se le aplica el Estatuto Administrativo. Artículo 1°: «Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del Artículo 21°, de la Ley N° 18.575». De esta forma, las excepciones del Artículo 21°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575 implican que las normas relativas al ingreso, derechos, deberes, responsabilidades y ceses de funciones no se aplicarán a los siguientes órganos: Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armada, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Municipalidades, Empresas Públicas creadas por Ley y aquellos órganos regidos por su propia Ley Orgánica Constitucional o su propia Ley de Quórum Calificado. Respecto a los funcionarios de las Municipalidades, la Ley N° 18.695 (L.O.C.M.), se remite a la Ley N° 18.575, en todos aquellos aspectos y materias que estudiaremos a continuación.

4.2. Derechos y deberes funcionarios en el Estatuto Administrativo

A continuación estudiaremos la ubicación de derechos y deberes funcionarios dentro del Estatuto Administrativo.

El Estatuto Administrativo, desarrolla la mayoría de los Derechos Funcionarios en el Título IV, entre el Artículo 89 y el Artículo 92; pero, además, existe otro derecho funcionario (Derecho de Ascenso), que no se encuentra en el título ya mencionado, sino que se desarrolla en el Título II, en su párrafo 5º, «De las Promociones», entre los artículos 54 y el 60.

En cuanto a los deberes u obligaciones de los funcionarios, el Estatuto Administrativo, los desarrolla en su Título III, entre los artículos 61 y el 64. Plenamente concordante con el Estatuto Administrativo es el Artículo 15 de la L.O.C.B.G.A., el cual señala: «Artículo 15: El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones»³¹.

4.2.1. Derechos funcionarios

Concepto de derechos funcionarios: «Es el conjunto de prerrogativas y beneficios que poseen los agentes de la Administración del Estado, los cuales deben ser sometidos a la decisión previa de la autoridad competente, no teniendo, por tanto, carácter absoluto»³². El Título IV; «De los Derechos Funcionarios», regula esta materia, que analizaremos a continuación.

La clasificación de los derechos funcionarios a la luz del Estatuto Administrativo es la siguiente:

- a) Derechos que protegen la carrera funcionaria, dentro de los cuales se cuentan el derecho a la función y el derecho de ascenso.
- b) Derechos económicos, que comprenden el derecho a percibir remuneraciones y asignaciones.
- c) Derechos que preservan la salud del funcionario, dentro de los cuales se comprenden el derecho a licencia por enfermedad y el derecho de feriado.
- d) Derechos de carácter laboral, el cual comprende el derecho al libre ejercicio de la profesión, industria, comercio u oficio.
- e) Derecho de ausentarse del servicio o permiso con o sin goce de sueldo.

31 Vs. el Art. 13 de la Ley N° 18.575 en comento, a propósito de la Probidad Administrativa.

32 Bork y Alvarez: *Derecho Administrativo*. Apuntes de Clases. U. del Mar, Valparaíso, 2000.

- f) Derechos de carácter asistencial.
- g) Derecho a ser defendido judicialmente por el servicio público.

A continuación analizaremos en particular los Derechos Funcionarios:

a) *Derechos que protegen la carrera funcionaria:*

- i) DERECHO A LA FUNCIÓN: Consagrado en el Artículo 89 del Estatuto Administrativo, involucra un doble aspecto, extraído tanto del Artículo 46 L.O.C.B.G.A como de la jurisprudencia. Este doble aspecto contiene dos derechos; el primero es el derecho a permanecer en el empleo y el segundo el derecho a no ser cambiado de las funciones en las que fue nombrado.

Respecto del derecho a permanecer en el empleo, este no constituye un derecho absoluto y, por lo tanto, su vigencia se encuentra condicionada a que no sobrevenga causa legal de expiración del cargo o de destitución del funcionario.

En relación con el derecho a no ser cambiado de las funciones en que fue nombrado dentro de la administración, la jurisprudencia y el propio Estatuto, entre sus artículos 67 y el 72, distinguen dentro de este derecho el simple cometido, la destinación y la comisión de servicios, concluyendo que solo esta última, faculta a la autoridad administrativa para ordenar al funcionario el desempeño de una labor diferente de aquella que le corresponde según nombramiento.

- ii) DERECHO DE ASCENSO: Dentro del Estatuto Administrativo, este derecho no se trata conjuntamente con los demás derechos en el Título IV, sino que se desarrolla, en el Título II, Párrafo 5º, entre los artículos 54 y el 60, Título que está dedicado a las normas que regulan la carrera funcionaria. En cuanto al concepto de *Derecho de Ascenso*, es el propio estatuto administrativo el que en su artículos 49 lo define como: «El derecho de un funcionario de acceder a un cargo vacante de grado superior en la línea jerárquica en la respectiva planta, sujetándose estrictamente al escalafón, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 56º».

Los requisitos para que opere el procedimiento de ascenso son:

- Deben existir escalafones previamente conformados, anualmente.
- Debe realizarse al interior de la administración, un proceso calificadorio de carácter anual, con el objeto de evaluar el desempeño de cada funcionario, el cual se desarrolla a base de tres instancias:
 - a) Precalificación, b) Calificación, c) Apelación.

Aquí usted advierte la relación con el principio de igualdad de oportunidades para ingresar a la Administración del Estado; pero, además, una vez que la persona ha ingresado a ella, que se le han dado las debidas oportunidades para que conforme a la ley pueda ir progresando en su

vida de funcionario y ascendiendo en los niveles administrativos internos, conforme a su idoneidad y exigencias legales.

Luego de haber operado estas instancias, una junta calificadora considera las notas obtenidas por cada funcionario, confeccionando el escalafón del servicio. Esta puede ubicar a los funcionarios en cuatros categorías o listas posibles: Lista 1: De Distinción, Lista 2: Buena, Lista 3: Condicional, y Lista 4: De eliminación. Así, ubicados los funcionarios en algunas de estas listas, se determinará el acceso al derecho de ascenso o bien la eliminación del respectivo funcionario de la Administración Pública.

- iii) REQUISITOS PARA ASCENDER A UN CARGO DE UNA PLANTA INMEDIATAMENTE SUPERIOR: Estos son señalados por el Art. 53 del Estatuto Administrativo: Cuando se encuentre en el tope de su planta, reúna los requisitos para ocupar el cargo y tenga un mayor puntaje en el escalafón que los funcionarios de la planta a la cual accede.

Los tipos de ascenso se contemplan en los artículos 56 y 60 del Estatuto Administrativo:

1° ASCENSO ORDINARIO: Este derecho se caracteriza por operar dentro de una misma planta, cumpliéndose con los requisitos generales del escalafón.

2° ASCENSO ESPECIAL: A diferencia del ordinario, permite acceder a una planta diferente y superior, para lo cual el postulante debe estar al tope de su planta, reunir los requisitos para ocupar el cargo de la planta a que acceda y que tenga mayor puntaje en el escalafón que los funcionarios de la planta a la que postula.

b) *Derechos Económicos*

- i) DERECHO A PERCIBIR REMUNERACIÓN: En el Estatuto Administrativo, este derecho se regula desde el Art. 88 hasta el Art. 92 y dispone que los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establece la ley, en forma regular y completa. Recuerde que la *probidad administrativa* consiste en una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función a cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular³³. El ordenamiento jurídico regula la probidad administrativa en el Art. 52 L.O.C.B.G.A., en íntima relación con el Art. 13 de la misma ley y, a modo de obligación, en el Estatuto Administrativo.

Respecto del pago efectivo de la remuneración, este se contempla en el Art. 89 del Estatuto, entendiéndose que se devengarán desde el día en que el funcionario asuma el cargo, pagándose por mensualidades iguales y vencidas. Las fechas efectivas de pago podrán ser distintas para cada organismo. Además, las remuneraciones funcionarias, a la luz del Art. 93

- del Estatuto, poseen carácter de embargables; así, podrán ser embargadas solo por resolución judicial ejecutoriada en juicios de alimentos o a requerimiento del Fisco, solo hasta en un 50%, para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente de los actos realizados por el funcionario en contravención a sus obligaciones funcionarias, como ocurre, por ejemplo, como sanción de un sumario administrativo.
- ii) DERECHO A RECIBIR ASIGNACIONES: Este derecho se regula en el Estatuto Administrativo, desde el Art. 93 al 98. En ocasiones, se considera a la asignación como una prestación social y no como una remuneración. Así, el Art. 98 del Estatuto señala que los funcionarios tienen derecho a recibir las siguientes asignaciones: Pérdida de caja, movilización, horas extraordinarias, cambio de residencia, viático, pasajes u otros análogos y asignaciones contempladas en leyes especiales. Respecto del cobro de las asignaciones, el Art. 94 del estatuto señala como plazo de prescripción, el de seis meses contados desde la fecha en que se hicieron exigibles.

c) Derechos que preservan la salud del funcionario

- i) DERECHO A LICENCIA POR ENFERMEDAD: Este derecho se enuncia en el Art. 111 del Estatuto Administrativo, dentro de las normas generales de los derechos funcionarios y complementado por el propio Estatuto entre los Arts. 111 y el 113. Legalmente, el derecho a licencia por enfermedad se define como franquicia de ausentarse del empleo o de reducir la jornada de trabajo por motivos de salud, certificada profesionalmente por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el competente Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional, en su caso. Sin perjuicio de lo anterior, es el propio Estatuto quien define en términos técnicos el derecho a licencia por enfermedad en el Art. 111, además los Arts. 107 y 108 del Estatuto hacen mención a la irrecuperabilidad por enfermedad de un funcionario público y a los efectos de ella en los diferentes empleos de la Administración.
- ii) DERECHO AL FERIADO: El Estatuto Administrativo trata este derecho entre sus Arts. 102 y el 107 y antes lo menciona en el Art. 83 de las normas generales. En el Art. 102 encontramos definido el derecho a feriado como: «El descanso a que tiene derecho el funcionario, con goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen».
- El feriado se caracteriza por ser un descanso remunerado y, como tal, no puede intercambiarse o substituirse por dinero, ya que posee como fin la reparación de la salud del funcionario. Además, el feriado debe ser continuado.
- A este respecto se refiere el Art. 103 del Estatuto, el cual señala que el feriado se concede por año calendario, salvo el primer feriado, para el

cual se requiere un desempeño de doce meses. La duración del feriado podrá extenderse a 15 días hábiles, según si el funcionario tenga menos de 15 años de servicio, 20 días hábiles con 15 años de servicio y menos de 20 años de servicio, y de 25 días hábiles para los funcionarios con veinte o más años de servicio. No se considerarán, para estos efectos, como días hábiles los días sábado.

d) *Derecho de Carácter Laboral*

En este punto se contiene el derecho al libre ejercicio de la profesión, industria, comercio u oficio. Este derecho constituye una franquicia, la cual reconoce y permite que los funcionarios de la Administración desempeñen su profesión, industria, comercio u oficio, en cuanto este no sea incompatible con el cargo que desempeña en la administración y no perturbe el fiel oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios. El Art. 87 del Estatuto Administrativo fue derogado por la Ley 19.653, Art. 5° N° 5, sin perjuicio de lo cual es indudable la plena concordancia existente con la Constitución Política de la República de Chile, ya que está en el capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales, Art. 19 N° 16 incs. 1°, 2° y 3°, asegura la libertad de trabajo y su protección, prohíbe, además, cualquier discriminación, que no se base en la capacidad o idoneidad profesional. Y señala, finalmente, que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad y salubridad pública, a que lo exija el interés nacional y a que una ley así lo declare.

El reconocimiento de este derecho tenía en el Estatuto, como objeto principal, asegurar el cumplimiento del principio de la probidad administrativa, donde se enuncia directamente este derecho al libre ejercicio de la profesión, industria, comercio u oficio. Hoy se encuentra precisado en el dictamen N° 42.819/2002, de la Contraloría General de la República, que en su parte esencial establece: «Los funcionarios afectos a leyes N°s. 18.834 y 18.883 no pueden desempeñar actividades docentes en instituciones de educación privadas, durante la jornada de trabajo que están obligados a cumplir en virtud del cargo que ocupan en la administración, pero sí es posible que lo hagan hasta un máximo de 12 horas semanales en instituciones de enseñanza estatales. Los funcionarios afectos a leyes N°s. 18.834 y 18.883 pueden desarrollar actividades docentes en instituciones de educación superior privadas, pero fuera de la jornada de trabajo que deben cumplir en virtud del cargo que ocupan en la Administración».

Lo anterior por cuanto la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, luego de establecer el derecho de los servidores del Estado a realizar en forma particular una actividad económica lícita en los términos que indica, dispone, que la misma ha de efectuarse fuera de la jornada y con recursos privados, añadiendo que son incompatibles con la función pública aquellas que tengan que llevarse a cabo en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada laboral asignada.

Lo anterior se encuentra reiterado en la ley N° 18.575, Artículo 62, también incorporado por la ley N° 19.653, que incluye entre las conductas que contravienen, especialmente, el principio de probidad administrativa, en su número 4, las que signifiquen ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o de terceros. En seguida, considerando que los citados preceptos forman parte de la ley N° 18.575, Título III, que persigue asegurar la vigencia del mencionado principio, consistente 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, la finalidad de los mismos no puede ser otra que las exigencias que la probidad administrativa impone se respeten cabalmente a propósito de la jornada de trabajo. En otras palabras, que esta se cumpla íntegramente, sin que se altere por circunstancias del solo interés particular ni se ocupe tiempo de ella en el desempeño de actividades privadas³⁴.

e) *Derecho a ausentarse del servicio o permiso con o sin goce de sueldo*

Este derecho de ausentarse del servicio constituye una franquicia de la administración a favor de sus agentes cuando estos, por motivos particulares, no estén en condiciones de desempeñar su cargo. Este derecho es tratado por el Estatuto entre el Art. 108 y el Art. 110. Respecto de las personas facultadas para otorgar permisos, se encuentran señaladas en el Art. 108 inc. 2° del Estatuto, siendo esta facultad netamente discrecional para las siguientes autoridades: Jefe Superior de la Institución, Secretario Regional Ministerial, Director Regional de los Servicios Nacionales desconcentrados.

- i) **DERECHO DE AUSENTARSE O PERMISO CON GOCE DE REMUNERACIÓN:**
Este derecho se regula en el Art. 108 del Estatuto, pudiendo los funcionarios solicitarlo a la autoridad pertinente, por motivos particulares, hasta por seis días hábiles en el año calendario.
- ii) **DERECHO DE AUSENTARSE O PERMISO SIN GOCE DE REMUNERACIÓN:**
Este derecho se regula en el Art. 110 del Estatuto, señalando los casos en que procede, siendo estos los siguientes:
 - Procede por motivos particulares, hasta por seis meses en cada año calendario.
 - Procede para permanecer en el extranjero hasta por dos años.

34 Vs. Comentarios al Dictamen N° 42.819. Margaret Welsch Crespo, Contralora Interna, Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Circular 01/03.

f) *Derechos de carácter Asistencial*

Bajo esta categoría genérica, encontramos los siguientes derechos o beneficios:

- i) Derecho a percibir franquicias asistenciales en caso de accidente en actos de servicio o enfermedad profesional.
- ii) Derecho a percibir Asignación Familiar y Maternal.
- iii) Derecho de Habitación de Casa Fiscal.
- iv) Derecho a Franquicias Previsionales.
- v) Derecho de la familia del funcionario que fallece a percibir su remuneración.

g) *Derecho a ser defendido judicialmente por el servicio público*

Constituye también este derecho una franquicia, que permite al funcionario optar a defensa gratuita por parte del servicio al cual pertenece y de exigir que la misma institución persiga la responsabilidad civil y criminal de aquellas personas que, ejerciendo sus cargos, atenten contra su honra o contra su vida o integridad física. En el Art. 90 del Estatuto Administrativo se enuncia este derecho. Su procedimiento es relativamente simple: la denuncia, por cualquiera de las situaciones previamente mencionadas, será interpuesta ante el tribunal respectivo por el jefe superior del servicio, a solicitud escrita del funcionario afectado y, en los casos en que el funcionario afectado fuese jefe superior, la denuncia en tribunales deberá ser presentada por el Ministro de Estado que corresponda.

4.2.2. Deberes funcionarios

Normalmente, sobre este punto se habla de deberes y obligaciones funcionarias, lo cual no es un error, pero sí muestra falta de precisión, al no utilizar con claridad el término genérico (deberes) y diferenciarlo de sus términos específicos (obligaciones y prohibiciones). De este modo, el concepto genérico lo constituyen los deberes funcionarios, el cual contiene los términos específicos de obligaciones y prohibiciones.

Precisemos lo que entendemos por deberes funcionarios: «Corresponde al conjunto de obligaciones y prohibiciones estatutarias, que regulan el accionar de los agentes del Estado que actúan en la administración pública». A la luz de este concepto, las obligaciones importan una prestación de hacer y las prohibiciones, por el contrario, importan una prestación de no hacer u omisión.

En atención a los funcionarios a quienes se aplican estas obligaciones, éstas podrán subclasificarse en: Obligaciones Comunes y Obligaciones Especiales.

Estas obligaciones las estudiaremos mencionando el Artículo y la letra, haciendo breves comentarios con el fin de que usted comprenda mejor su contenido.

a) *Obligaciones Comunes*³⁵

Art. 61. Serán obligaciones de cada funcionario:

Art. 61. Letra a: Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación. Esta obligación apunta a que el funcionario debe desempeñar el cargo en que fue nombrado personalmente, de modo regular y continuo, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda operar la institución administrativa de delegación de funciones. La posibilidad de delegar funciones se encuentra regulada por el Art. 41, L.O.C.B.G.A., y de su análisis se distinguen dos situaciones de delegación.

- 1) DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES: Para que la delegación de atribuciones sea procedente, deben cumplirse los siguientes requisitos: deberá ser una delegación parcial de funciones, se deben delegar funciones específicas, el delegado debe ser funcionario dependiente del delegante y el acto de delegación debe ser publicado, si sus efectos son de carácter general y notificado si sus efectos son de carácter particular.
- 2) DELEGACIÓN DE FIRMA: Este sistema permite transferir a otra autoridad o funcionario la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, determinados documentos y sobre materias específicas. Esta delegación no altera la responsabilidad de la autoridad delegante, sin perjuicio de que pueda afectar al delegado que firma, si se observare negligencia en el ejercicio de esta facultad conferida. El Art. 61. Letra b, ordena orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan.

Lo preceptuado por este Artículo posee plena correspondencia con el Art. 58, letra b, del Estatuto, el cual señala las obligaciones especiales que recaen sobre autoridades y jefaturas. Así, en ambos artículos se busca la orientación de las actividades del respectivo servicio para obtener un mejor cumplimiento de las mismas. De este modo, el Art. 61. Letra c, señala que *se debe realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución.*

Para la mejor concreción de la función descrita en este Artículo, es el Ministerio del Interior quien dictó un decreto en el cual fijó pautas que permitan los establecimientos de oficinas de información en las diferentes reparticiones públicas, con el objeto de otorgar un mejor servicio al usuario³⁶.

El Art. 61. Letra d, señala que se debe cumplir con la jornada de trabajo y realizar otros trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico. La obligación aquí descrita comprende dos aspectos:

35 Art. 61 Estatuto Administrativo

36 Vs. D.S. Nº 680/90 y D. Nº 1.058/91.

- 1) JORNADA DE TRABAJO ORDINARIA: Para los funcionarios públicos la jornada de trabajo es de 44 horas semanales, distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder diariamente de nueve horas diarias³⁷.
- 2) JORNADA DE TRABAJO EXTRAORDINARIO: Consiste en el desempeño que se ejecuta para realizar tareas importantes, previamente autorizadas por la jefatura superior del servicio respectivo. El jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando hayan de cumplirse tareas impostergables. «Los trabajos extraordinarios se compensarán con descanso complementario. Si ello no fuere posible por razones de buen servicio, aquellos serán compensados con un recargo en las remuneraciones»³⁸.

Existen dos tipos de trabajo extraordinarios:

- 1) Aquel desempeño que excede a la jornada ordinaria y que se realice a continuación de la misma, hasta antes de las 21 horas. Caso denominado trabajo extraordinario diurno.
- 2) Aquel desempeño que se ejecuta de noche o en días sábado, domingo y festivos, entre las 21 horas de un día y las 7 horas del día siguiente.

Si se incumple la obligación de jornada de trabajo, sea ordinaria o extraordinaria, puede originar sanciones pecuniarias y disciplinarias. La sanción pecuniaria consiste en realizar descuentos en la remuneración del funcionario por el tiempo durante el cual no hubiese prestado servicios efectivos, salvo que medie licencia médica, feriado o permiso con goce de sueldo.

La segunda sanción, es decir, la disciplinaria, tiene lugar cuando el funcionario incurre en atrasos o ausencias reiteradas e injustificadas o también cuando ocurren ausencias injustificadas, continuas y prolongadas, debiendo en tal caso ser sancionado con la medida específica de destitución del cargo.

Art. 61 Letra e: Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente.

La institución administrativa de la destinación es aquella medida mediante la cual se desplaza a un funcionario público dentro de un mismo servicio para cumplir funciones propias de su cargo y de la misma jerarquía.

La institución administrativa de la comisión de servicios importa un desplazamiento, dentro o fuera del servicio, también dentro o fuera del país, para cumplir funciones ajenas al cargo, teniendo límite el hecho de que tales funciones no sean de inferior jerarquía ni ajenas a los conocimientos del funcionario.

37 Art. 65 E.A.

38 Art. 66 E.A.

Art. 61 Letra f: Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico: En esta obligación se debe tener en cuenta un punto de vista doctrinario y un punto de vista jurisprudencial. La obediencia en sí misma podrá ser reflexiva o absoluta, según si admita o no la posibilidad de representación por parte del subalterno, siendo, además, la obediencia absoluta propia de la administración castrense. En relación con la resistencia y desobediencia, remítase al Art. 252 del Código Penal.

La obediencia reflexiva implica, entonces, que el inferior jerárquico, si bien tiene derecho a representar la orden del superior, solo lo puede hacer encontrándose en presencia de una causal de ilegalidad, ya que si ello no ocurre está simplemente obligado a cumplir la orden. El superior jerárquico puede insistir por escrito en su orden, caso en el cual el funcionario inferior queda liberado de toda responsabilidad que acarree el cumplimiento de la orden.

Art. 61 Letra g: Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado³⁹. Esta obligación se encuentra ligada con los artículos del Estatuto Administrativo, además de estar consagrada también la Probidad Administrativa en el Art. 7 L.O.C.B.G.A. Este principio de la probidad administrativa constituye la base fundamental para el adecuado funcionamiento y ejercicio de la función pública, por lo cual el legislador establece, dentro de las prohibiciones funcionarias, diversas prohibiciones basadas en este principio.

Art. 61 Letra h: Guardar secreto en los asuntos que revisten el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales.

Esta obligación de guardar silencio que recae sobre los funcionarios públicos y su quebramiento no solo importa una contravención administrativa, sino que también tipifica el delito de violación de secretos, complementado en los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal⁴⁰.

Art. 61 Letra i: Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo. Con relación a esta obligación, la jurisprudencia administrativa ha estimado que el funcionario público no solo está obligado a observar un comportamiento digno en el desempeño de su cargo y dentro de la jornada de trabajo, sino que también en todas aquellas actuaciones fuera del servicio, en la medida en que estas comprometan o puedan comprometer la función pública que se ejerce.

Art. 61 Letra j: Proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración, debiendo esta guardar debida reserva de los mismos.

39 Ley 19.653 y el inciso 2º del Art. 52 de la Ley. 18.575

40 Agregado el 247 bis por ley 19.645/99

Art. 61 Letra k: Denunciar a la justicia, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo.

El Código Procesal Penal impone, en el Art.175, el deber de denunciar aquellos crímenes o simples delitos que conozcan en el ejercicio de su función y, principalmente, aquellos que noten en la conducta ministerial de sus subalternos, señalando para tal efecto un plazo perentorio de denuncia de 24 horas⁴¹.

Art. 61 Letra l: Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

La evaluación de la fianza que deba rendirse corresponderá al organismo contralor, de acuerdo con las facultades conferidas por el Art. 68 de su L.O.C. N° 10.336. Por otro lado la jurisprudencia administrativa ha declarado que, para determinar la cuantía de la caución o fianza por rendir, la autoridad administrativa requiere la proposición previa del Contralor General. En materia penal se rige por el Art. 233 y sgtes. del C.P.

Art. 61 Letra m: Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que este le fije, atendidas las circunstancias del caso.

El Estatuto Administrativo previno esta situación para aquellos cargos que por su naturaleza pudieren comprometer el prestigio de la Institución. En esta situación, el superior jerárquico respectivo ordenará al inculpado publicar sus descargos en el mismo órgano de comunicación en el cual se formula, haciendo uso del derecho de rectificación y respuesta que confiere la ley respectiva.

b) Obligaciones Especiales⁴²

Estas obligaciones especiales recaen específicamente sobre las autoridades y jefaturas de la administración. Para conocer mejor este tema, usted podrá ir confrontando el contenido de la norma transcrita y un breve comentario.

Artículo 64. Serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas:

Art. 64 Letra a: Este Artículo consiste, en términos generales, en la mantención del funcionamiento de los órganos y el control sobre la actuación del personal de su dependencia, orientado específicamente a obtener un funcionamiento eficiente y eficaz, dentro del marco de la legalidad. Esta obligación no es más que la aplicación del Artículo 10 L.O.C.B.G.A., el cual establece la misma obligación contemplada en el Art. 64, letra a, del Estatuto, para autoridades y jefaturas. En relación con el tema, pertinente es señalar que la doctrina de Derecho Administrativo distingue, en atención a la modalidad de

41 Vs. Rodríguez C., Luis: *Delitos contra la función pública*. Jurídica, Stgo., 2005

42 Art. 64 Estatuto Administrativo

control, la presencia de un control de carácter interno y otro de carácter externo, pudiendo ambos referirse a la legalidad, al mérito y oportunidad o conveniencia. De lo anterior, se desprende que, tanto el Artículo 64, Letra a, como el Artículo 10 antes mencionados, regulan procedimientos integradores del control interno en cuanto a la legalidad y al mérito, en tanto que el control externo, limitado a la fase de legalidad, se encuentra conferido a la Contraloría General de la República, regulado este en los artículos 87 y 88 de su L.O.C. N° 10.336.

Art. 64 Letra b: Lo preceptuado por este Artículo, en relación con la obligación de velar permanentemente por la ejecución y buen cumplimiento de los planes diseñados para respectiva función pública encomendada, constituye para las autoridades y jefaturas la contrapartida de las obligaciones comunes señaladas en el Art. 64, Letra b, el cual impone el deber de orientación de funciones para cumplir los objetivos de la Institución.

Art. 64 Letra C: Esta obligación consiste en el desempeño de las funciones conforme a instrucciones claras y con ecuanimidad, lo cual está en perfecta armonía con el carácter general, objetivo e impersonal que revisten las normas estatutarias y, además, con los principios de eficiencia y eficacia que impone la ley de bases en su Artículo 5.

Estas prohibiciones imponen al funcionario público un no hacer algo o bien una obligación de omisión respecto de alguna acción. En el Estatuto Administrativo, las prohibiciones son tratadas en el Art. 84, admitiendo la siguiente subclasificación:

i) Prohibiciones que se fundan en razones institucionales:

Artículo 84. El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones:

Art. 84 Letra a: Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido o no le hayan sido delegadas. Esta prohibición es consecuencia de la observancia del principio de la legalidad señalado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República de Chile y reiterado en el Art. 2 de la L.O.C.B.G.A. La contravención a este principio no solo implica la ejecución de actos nulos, conforme al Art. 7° de la Constitución, sino que también toda deuda o compromiso que resulte de dicha actividad comprometerá solo al infractor, según dispone el Art. 163 de la L.O.C., de la Contraloría General de la República.

Art. 84 Letra h: Realizar cualquier actividad política dentro de la administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la Institución para fines ajenos a sus funciones.

Esta prohibición posee directa relación con el Art. 16 de la L.O.C.B.G.A., fundándose también en el respeto al principio de la probidad administrativa.

Art. 84 Letra i: Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la administración del Estado, dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción

o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la administración del Estado.

Esta prohibición es consecuencia del Artículo 19, N° 16 inc. 6 de la Constitución, que dispone que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado como de servicios públicos que la integran; deben funcionar en forma continua y permanente.

Art. 84 Letra j: Atentar contra los bienes de la Institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro.

Art. 84 Letra k: Incitar o destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas o participar en hechos que las dañen.

Las conductas descritas en ambas letras del Art. 84, además de estar prohibidas en la administración, generan figuras delictuales, sancionadas en la Ley de Seguridad Interior del Estado (Ley N° 12.925).

La jurisprudencia, además, la señala como un deber de todo órgano público y, por ende, de sus autoridades y jefaturas en el sentido de cautelar y proteger el patrimonio estatal.

ii) *Prohibiciones que se fundan en razones de probidad administrativa*

En esta materia es importante recordar que la observancia a la probidad administrativa, constituye un deber aplicable a todos los funcionarios de la administración del Estado.

Artículo 84. El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones:

Art. 84 Letra b: Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés, él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción. La conducta descrita en esta letra no solo constituye una prohibición administrativa, sino que también tipifica el delito de fraude y exacciones ilegales sancionadas por el Art. 240, 240 bis y 241 del Código Penal.

Art. 84 Letra c: Actuar directa o indirectamente contra los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción.

Respecto de esta prohibición, la jurisprudencia administrativa ha señalado que por interés del Estado se entiendan solo aquellas situaciones que revisten un carácter pecuniario, avaluable por tanto en dinero.

Art. 84 Letra f: Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros.

Esta conducta está considerada como constitutiva de las diversas figuras del delito de cohecho, sancionado por el Código Penal, entre sus artículos 248 a 251.

Art. 84 Letra g: Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales.

Independientemente de la responsabilidad administrativa que genera para el funcionario público la inobservancia de esta prohibición, el Art. 246 del Código Penal, tipifica esta conducta como delito de violación de secreto.

Art. 84 Letra e: Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes. Estas prohibiciones, concordantes con el Artículo 8 L.O.C.B.G.A., en cuanto este señala que los órganos de la administración del Estado deben actuar, si corresponde, por propia iniciativa, debiendo además su actuar ser ágil y expedito, sin más formalidades que las señaladas por ley.

Art. 84 Letra d: Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo, perito, respecto de hechos de los que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos.

4.2.3. Prohibiciones funcionarias

El principio de que los funcionarios son responsables por las faltas en que incurran durante su desempeño es una de las bases en que descansa una eficiente organización administrativa pública. En mérito de lo anterior, cada empleado público responde por las infracciones a sus deberes, por los daños causados a la Administración o a terceros y por los delitos que cometa. Su responsabilidad, en consecuencia, puede ser administrativa o disciplinaria, civil y penal. Algunos autores agregan la responsabilidad política.

Con relación a la responsabilidad administrativa, esta afecta solo a los funcionarios municipales y no a los profesionales a honorarios, los que se rigen por las normas establecidas en sus contratos individuales de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, el desempeño del cargo de planta es compatible con el ejercicio de labores a honorarios, siempre que estas se efectúen fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

- 1) **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA O DISCIPLINARIA:** La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos está considerada expresamente en el Artículo 119 del Estatuto Administrativo. En virtud del Título V del E. A., puede agregarse que, para que exista responsabilidad administrativa, se requiere:

- a) Una acción u omisión del empleado que represente una infracción a sus deberes funcionarios.
- b) Que la acción u omisión sea voluntaria.
- c) Que el funcionario actúe con dolo o culpa.

La responsabilidad administrativa se traduce en la aplicación de las sanciones disciplinarias que contempla la ley, previo sumario administrativo o investigación sumaria, según lo exige el mismo Art. 119 del E.A. El sumario irá dirigido a comprobar si se ejecutó o no el hecho investigado; si él representa o no una infracción a los deberes funcionarios; qué empleados aparecen involucrados y cuál fue el grado de su participación (autor, cómplice o encubridor) (Arts. 15, 16 y 17 C.P.). La aplicación de medidas disciplinarias está destinada a asegurar la buena marcha del servicio y a velar por el prestigio y por la dignidad de la función pública. La responsabilidad administrativa puede y debe hacerse extensiva a los superiores de él o de los inculcados cuando, por no ejercer un control adecuado, han permitido que se configure la desobediencia a las normas legales, reglamentarias, órdenes o instrucciones infringidas.

Es útil tener presente que la responsabilidad administrativa no prescribe, esto es, no se extingue por el transcurso del tiempo y que puede hacerse efectiva mientras el inculcado mantenga su calidad de funcionario público.

- 2) **RESPONSABILIDAD CIVIL:** La responsabilidad civil consiste en la obligación de los funcionarios públicos de reparar los daños que causen a la administración o a terceros en el ejercicio de sus funciones. Es de competencia de la Justicia ordinaria. En la práctica, esta responsabilidad se traduce en el pago de indemnizaciones y se rige por las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual. Para que opere, es preciso que el funcionario haya ejecutado un hecho o incurrido en una omisión que cause un daño en el patrimonio del afectado; que el hecho o la omisión provengan de culpa o dolo del autor y que haya una relación de causa-efecto entre la conducta del funcionario civilmente responsable y el perjuicio ocasionado⁴³.
- 3) **RESPONSABILIDAD PENAL:** Es la que afecta a los empleados públicos que cometen delitos en el desempeño de sus funciones y se traduce en la aplicación de sanciones penales a los responsables por la justicia ordinaria. (Art.120 E.A.). Nuestro Código Penal tipifica algunos delitos que solo pueden ser cometidos por empleados públicos. Nos referimos al Título V: De los Crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el

43 Para la responsabilidad civil; Vs. Larroulet, Christian: *Responsabilidad Civil contractual*, Jurídica, Santiago, 1998. Para estudiar el nivel extracontractual; Vs. Diez Sch., José L.: *El daño extracontractual*. Jurisprudencia y Doctrina Jurídica, Santiago, 2002.

desempeño de sus cargos. Mencionaremos la norma legal a objeto de facilitar su estudio en el Código Penal. Estos son:

- a) Nombramientos ilegales Art. 220.
- b) Usurpación de atribuciones Arts. 221 a 222.
- c) Prevaricación Arts. 223 a 232.
- d) Malversación de caudales públicos Arts. 233 a 238.
- e) Fraudes y exacciones ilegales Arts. 239 a 241.
- f) Infidelidad en la custodia de documentos Arts. 242 a 245.
- g) Violación de secretos Arts. 246 a 247 bis.
- h) Cohecho Arts. 248 a 251.
- i) Resistencia y desobediencia Art. 252.
- j) Denegación de auxilio y abandono de destino Arts. 253 a 254.
- k) Abuso contra particulares Arts. 255 a 259.

Lo anterior requiere dos precisiones:

- 1) Para los efectos de este Título V y del párrafo IV del Título III del Código Penal, se ha considerado a todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obsta a esta calificación el que el cargo sea de elección popular. (Art. 260 C.P.).
 - 2) La exacción ilegal ocurre cuando «*un funcionario público, abusando de su cargo, exija o haga pagos o entregas indebidamente o por interpuesta persona de una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que le corresponden*» (A. García).
- 4) INDEPENDENCIA DE LAS DISTINTAS CLASES DE RESPONSABILIDADES A QUE ESTÁ AFECTO UN FUNCIONARIO: Las sanciones administrativas son totalmente independientes de las civiles y penales y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a esta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos. (Art. 120 E. A.). Un hecho puede ser constitutivo de infracción a los deberes funcionarios, revestir el carácter de delito e implicar para el funcionario la obligación de reparar los perjuicios causados. Caso típico sería el del conductor que toma un vehículo fiscal en un día festivo, sin autorización, y causa daños en un accidente del tránsito en el cual resultan personas lesionadas. Este

hecho originará un sumario administrativo y acciones ante los tribunales de justicia destinada a sancionar penalmente al conductor mencionado y a obligarlo a reparar los daños. Estos procedimientos son totalmente independientes entre sí, tanto en su tramitación como en las resoluciones que en ellos se dicten. Así, por ejemplo, el funcionario puede ser absuelto en el sumario administrativo y no en los procesos judiciales y viceversa.

5. La investigación sumaria y el sumario administrativo

La investigación sumaria es un procedimiento administrativo breve, destinado a investigar faltas de menor gravedad y determinar la participación y responsabilidad de los inculpados. Está regulado por los artículos 119 a 127 del Estatuto Administrativo. Este tema solo es *mencionado* en el Artículo 37 de la Ley Nº 18.695, LOCM. Debemos señalar, como cosa previa, que se aplican a este procedimiento las normas del sumario administrativo en lo que sea compatible con su naturaleza.

Veamos a continuación los requisitos de una investigación sumaria: La orden de «instruir una investigación sumaria» debe emanar del: a) Jefe Superior de la institución, b) Secretario Regional Ministerial, c) Director Regional de Servicios Nacionales desconcentrados, según corresponda (Art. 126 E.A.). En la misma resolución debe nombrarse al funcionario que hará la investigación, al que se da el nombre de “investigador”. Este funcionario recibe el nombre de “fiscal sumariante” en los sumarios. Se indicará, como es lógico, la materia que será objeto de la investigación y se aplicarán las normas y requisitos que señalamos al analizar los requisitos de fondo y forma de la resolución que dispone la instrucción de un sumario administrativo, en lo que sea conciliable.

5.1. Tramitación de la investigación sumaria

La tramitación de la investigación sumaria consiste en:

- a) NOTIFICACIÓN DE LOS INCULPADOS. En esta materia no rige la obligación de notificar al inculpadado para que deduzca causales de recusación, ya que este derecho lo tiene el afectado solo en los sumarios administrativos. Es conveniente sí, que en su primera comparecencia, el inculpadado señale un domicilio, tal como se hace en el sumario, para los efectos de facilitar las notificaciones.
- b) PLAZO PARA LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. El investigador dispondrá de un plazo máximo de cinco días para cumplir con su cometido, el que se empezará a contar desde la fecha de aceptación del cargo. Durante este período deberá practicar la investigación. Al término del

plazo se formulan los cargos, si procedieren, debiendo el afectado responder de los mismos.

El incumplimiento del plazo no vicia el procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, que podría afectar al investigador.

- c) OTROS PUNTOS DE INTERÉS. En cuanto al secreto de la investigación, a los casos en que es preciso efectuar denuncias a la justicia ordinaria, al procedimiento indagatorio, pruebas, etc., debe atenderse a las normas señaladas para el sumario administrativo.
- d) FORMULACIÓN DE CARGOS. Agotada la investigación, se formularán los cargos al inculpado o se propondrá su sobreseimiento, sin que sea necesario que se declare cerrado el sumario.
- e) PRESENTACIÓN DE LOS DESCARGOS. El inculpado deberá contestar los cargos en el plazo improrrogable de dos días, contados desde su notificación. En la materia de rendición de pruebas el plazo es tres días.
- f) INFORME DEL INVESTIGADOR. Una vez presentados los descargos, el investigador emitirá su vista o informe en el término de dos días, en el que se contendrá la relación de los hechos, los fundamentos y conclusiones a que se haya llegado, pudiendo proponer:
 - El sobreseimiento del inculpado (igual que en el sumario).
 - La proposición para que se le absuelva o sancione, señalando la medida disciplinaria que a su juicio debería imponerse al afectado.
 - La instrucción de un sumario administrativo, si resulta que las faltas cometidas revisten mayor gravedad de lo que se pensó al ordenar la investigación. Una vez emitido el dictamen, el investigador hará llegar el expediente al jefe que ordenó la investigación sumaria.

El sumario administrativo no es, por principio, un acto jurisdiccional, sino un procedimiento interno, dirigido a reunir, con cierto método, elementos de prueba y de convicción para dictar una resolución. En otros términos, mediante el sumario se pretende acreditar fehacientemente ciertos hechos, que servirán de base para tomar una decisión administrativa. Se encuentra regulado entre los Arts. 127 a 145.

Es importante que comprendamos los objetivos de un sumario. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, procede la instrucción de los sumarios administrativos para los siguientes efectos, a modo de ejemplo:

- a) Para establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, por faltas de cierta gravedad.
- b) Para reconocer la existencia de ciertos derechos establecidos en beneficio de los funcionarios públicos o de sus parientes, los derivados de un accidente en actos de servicio.
- c) Para acreditar la destrucción o extravío de bienes fiscales inventariados, a fin de solicitar su baja.

Lo más común en la Administración Pública son los sumarios incoados para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los agentes del Estado.

El sumario administrativo presenta las siguientes características: es escrito, es secreto, está sometido a plazo y consta de cuatro etapas, que son la indagatoria, la acusatoria, la resolutoria y la impugnatoria por los recursos legales. Veamos cada una de ellas:

- a) **ESCRITO.** Esta característica se desprende del Artículo 130 del Estatuto Administrativo, el que señala que «el sumario se llevará foliado en letras y números y se formará con todas las declaraciones, actuaciones y diligencias, a medida que se vayan sucediendo, y con todos los documentos que se acompañen. Toda actuación debe llevar la firma del Fiscal y del Actuario».
- b) **SECRETO.** Dispone el Artículo 137, inc. 2º, del Estatuto que «El sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos». El secreto del sumario está establecido como una garantía destinada a asegurar el éxito de la investigación.
- c) **ESTÁ SOMETIDO A PLAZO.** El Artículo 129 del Estatuto señala que el fiscal tendrá el plazo de 20 días corridos para investigar los hechos y que, en casos calificados, el fiscal podrá pedir prórrogas, las que no podrán exceder de 60 días. Si hubiese necesidad de efectuar peritajes o investigaciones especializadas, estos plazos podrán extenderse, como máximo, noventa días.

Aunque la disposición se refiere a la primera etapa del sumario (de investigación) es necesario tener presente que todos los trámites en el período acusatorio, la dictación de resolución, la presentación de recursos, etc., están sometidos a plazos breves.

La jurisprudencia reiterada de la Contraloría General de la República ha establecido que el incumplimiento de los plazos en que debe ser tramitado un sumario no vicia a este de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurre el fiscal que por falta de diligencia, infringe las normas respectivas y que la resolución que prorroga el plazo está exenta del trámite de toma de razón⁴⁴. Los sumarios instruidos por la Contraloría General de la República se rigen por el Reglamento de Sumarios, Resolución N° 236 del año 1998.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 121, de la Ley 18.834, los funcionarios pueden ser sancionados con las siguientes medidas disciplinarias: censura, multa y suspensión del empleo desde treinta días a tres meses y destitución. La aplicación de las señaladas medidas dependerá de la gravedad de la falta cometida y de la concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes, todo ello de conformidad al mérito del proceso.

44 Dictámenes N° 11.775/62, 99.103/64, y Circular N° 81/67

- CENSURA: Es la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se deja constancia en su hoja de vida (Art. 122).
- MULTA: Representa la privación de un porcentaje de la remuneración mensual del funcionario sumariado, la que no podrá ser inferior al 5% ni superior al 20% de ella, obligándose el funcionario a continuar sirviendo el cargo (Art. 123). Con relación a la medida en comento, la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 33.156, de 1989, ha señalado que resulta improcedente fijar la de la multa en pesos o en días de remuneración, porque el Artículo dispone que se fije en un porcentaje de la remuneración mensual. Por su parte, el dictamen N° 5.636, de 1990, señala que la multa debe imponerse al sancionado sobre un porcentaje de la remuneración, entendiendo esta en los términos del Artículo 3° letra de la Ley 18.834 (5° letra d), por lo que no procede que esta se determine sobre un porcentaje del sueldo, razón por la cual esta sanción debe extenderse a todos los estipendios que el afectado pueda percibir en razón del cargo que ejerce. Finalmente, cabe señalar que, por dictamen N° 22.310, de 1990, se concluyó que no resulta jurídicamente procedente otorgar facilidades para el pago de la multa que imponga.
- ANOTACIONES DE DEMÉRITO: De las medidas disciplinarias de censura y multa debe dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario sancionado, mediante el registro de anotaciones de demérito, cuya entidad se establece en la Ley 18.834 (Art. 122).
- SUSPENSIÓN: La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo. Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente.
- DESTITUCIÓN: Es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios de un funcionario. La medida disciplinaria de destitución procederá solo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa y en los siguientes casos:
 - 1° Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos.
 - 2° Infringir las disposiciones de las letras i), j), y k), del Artículo 84° del Estatuto Administrativo.
 - 3° Condena por crimen o simple delito.
 - 4° En los demás casos contemplados en el Estatuto o leyes especiales.

Resulta necesario, respecto de este tema, tener presente que, conforme se concluyó en el dictamen N° 27.085, de 1990, de la C.G.R., la superioridad del servicio puede aplicar al afectado una medida disciplinaria de menor drasticidad que la destitución, siempre que la resolución de término contenga las

consideraciones y ponderaciones del caso en orden a justificar debidamente la inasistencia⁴⁵.

5.2. Tramitación del Sumario Administrativo

Para su mejor comprensión, analizaremos el tema por puntos. Usted procure resumir cada uno, por ejemplo, con notas al margen, si lo estima adecuado.

- 1° La instrucción del Sumario Administrativo es ordenada por el jefe superior de la institución, el SEREMI o el Director Regional de los Servicios Nacionales desconcentrados mediante una resolución (decreto) en la que se designa al funcionario que actuará como fiscal a cargo de la investigación (Art. 126 E.A.).
- 2° El fiscal designado debe tener mayor o igual grado o jerarquía que el o los funcionarios involucrados en los hechos.
En todo caso, si en el curso de la investigación aparece comprometida la responsabilidad de un funcionario de mayor grado jerarquía que el fiscal del proceso, continuará aquel sustanciando el procedimiento hasta que disponga el cierre de la investigación.
- 3° La resolución (decreto) que da inicio a la investigación y en la que se designa al fiscal de la causa debe serle notificada a este.
Una vez notificado, procederá a designar a un actuario, el que se entenderá en comisión de servicio para todos los efectos legales. El actuario es un ministro de fe y debe certificar, con su firma, todas las actuaciones del sumario.
- 4° El sumario debe foliarse en letras y números. Se constituirá con todas las declaraciones, actuaciones, diligencias y documentos que reúnan durante la investigación.
- 5° Toda actuación practicada en el sumario debe llevar la firma del fiscal y del actuario.
- 6° Las notificaciones que se realicen en el proceso deben efectuarse personalmente, sin perjuicio de la posibilidad de notificar por carta certificada, de conformidad a la ley. Artículo 131°, Ley 18.834. Al respecto cabe expresar que, mediante oficio N° 3.772, de 1990, de la C.G.R., se observó un proceso sumarial en razón de haberse notificado los cargos al sumariado mediante carta certificada dirigida al domicilio que este tenía registrado en el servicio, en circunstancias que constaba que, a esa fecha, el afecto estaba radicado en España⁴⁶. En consecuencia, la notificación respectiva, en este caso, debe efectuarse por carta certificada dirigida al

45 Otros Dictámenes en relación al Art. 119 A; N°s 29.338 y 35.991/65, 22.180/90, 2.621/93, 11.401/90, 20.184/93.

46 Vs. Dictámenes N°s 2.887 y 23.352/93.

- domicilio de sumariado en dicho país, o bien, solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores que efectúe la diligencia a través de funcionarios del servicio exterior destacados en ese país, de manera de asegurar al afectado su derecho a defensa, siempre que su nuevo domicilio sea conocido.
- 7° Los funcionarios citados a declarar por primera vez ante el fiscal, en calidad de inculpados, deben ser apercibidos para que dentro del segundo día formulen las causales de recusación en contra del fiscal o del actuario, las cuales aparecen taxativamente enumeradas en el Art. 133 del Estatuto Administrativo.
 - 8° Formulada la recusación, el fiscal o el actuario recusado dejará de intervenir, salvo en lo relativo a actividades que no puedan paralizarse sin comprometer el éxito de la investigación. (Art. 134).
 - 9° Si la recusación afecta al actuario, debe ser resuelta en el plazo de dos días por el fiscal, por la autoridad que ordenó la investigación, si el recusado fuera el fiscal. Acogida la recusación, se designa un nuevo fiscal o actuario, según corresponda. Cada vez que se nombre un nuevo fiscal o actuario se debe notificar al sumariado a fin de que ejerza su derecho a recusar (Art. 134).
 - 10° El fiscal tendrá amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios están obligados a prestar la colaboración que este les solicite.
 - 11° La investigación de los hechos se debe realizar en el plazo de veinte días, al término de los cuales procede declararla cerrada y formular cargos, para lo que el fiscal cuenta con un plazo de tres días. El plazo para realizar la investigación puede prorrogarse hasta sesenta días, cuando existan diligencias que, habiendo sido decretadas oportunamente, no hayan podido cumplirse por fuerza mayor.
Con relación a esta materia, resulta conveniente destacar la norma contenida en el Artículo 143° de la Ley 18.834, que a la letra estatuye: «Vencidos los plazos de instrucción de un sumario y no estando este afinado, la autoridad que lo ordenó deberá revisarlo, adoptar medidas tendientes a agilizarlo y determinar la responsabilidad del fiscal».
 - 12° Durante la sustanciación del sumario administrativo, el fiscal está facultado para suspender de sus funciones o destinar transitoriamente a otro cargo dentro de la misma institución y unidad, al o a los inculpados, como medida preventiva. Esta medida termina, automáticamente, al dictarse sobreseimiento o emitirse el dictamen del fiscal, según corresponda.
 - 13° En el evento de que el fiscal proponga el sobreseimiento, los antecedentes deben ser enviados al jefe superior de la institución, al SEREMI o al Director Regional de Servicios Nacionales desconcentrados, quien puede aprobar o rechazar tal proposición. En este último caso, debe disponer que se complete la investigación.
 - 14° El sumario administrativo será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en que dejará de serlo, tanto para el inculpado como para el abogado que asuma la defensa.

- 15° El inculpado debe notificar personalmente del o los cargos que se hayan formulado en su contra y tendrá un plazo de cinco días, contados desde la fecha de la notificación, para presentar descargos y solicitar pruebas. En este caso puede ser prorrogado por otros cinco días, en casos debidamente calificados, siempre que la prórroga la haya pedido a la fiscalía antes de su vencimiento.
- En cuanto a la formulación de cargos, cabe señalar que la jurisprudencia administrativa ha precisado que ellos deben indicar, además de la norma estatutaria eventualmente transgredida, los hechos concretos que se consideran violatorios de obligaciones y que sirven de fundamento para la formulación de los mismos.
- 16° Si el inculpado solicita rendir prueba, el fiscal señalará plazo para tal efecto, el que en total no puede exceder de veinte días.
- 17° Contestados los cargos o tenidos estos por evacuados en rebeldía del inculpado, o bien, vencido el término probatorio que se haya fijado, el fiscal, dentro del plazo de cinco días, debe emitir su dictamen. En este debe proponer la absolución del sumariado o la sanción que, a su juicio, corresponda imponerle (Art. 136° y 137°). El dictamen debe contener los requisitos de forma y fondo establecidos en el Artículo 139° de la Ley 18.834. Debe tenerse presente que la vista fiscal no puede ser dictada antes de que se encuentre vencido el plazo que la ley otorga al inculpado para contestar los cargos. De darse esta circunstancia, se produce un vicio, que acarrearía la invalidación del proceso.
- 18° Una vez emitido el dictamen, el fiscal debe elevar los antecedentes a la autoridad correspondiente, para que esta, en el plazo de cinco días, dicte en el acto una medida disciplinaria para el o los funcionarios sumariados. (Art. 140°). A este respecto, la jurisprudencia administrativa ha sustentado, como un principio fundamental, que los sumarios administrativos deben ser afinados en un solo acto terminal. Procede, también, hacer presente que, según se estableció en forma expresa por el dictamen N° 1.865, de 1990, es del todo improcedente que una autoridad resuelva acerca de su propio sobreseimiento, por oponerse dicha conducta a las normas sobre probidad administrativa.
- 19° Ningún funcionario puede ser sancionado por hechos que no hayan sido materia de cargos (Art. 140°).
- 20° La aplicación de toda medida disciplinaria debe ser notificada al afectado, en forma personal o por carta certificada.

5.3. Recursos Administrativos (Arts. 141 a 145)

En contra de la resolución que aplica una medida disciplinaria al personal regido por la Ley 18.834, proceden los siguientes recursos:

- DE REPOSICIÓN, ante la misma autoridad que dictó la resolución. Artículo 141º, Ley 18.834.
- DE APELACIÓN, ante el superior jerárquico de quien impuso la medida. El recurso de apelación solo puede interpretarse como subsidiario del recurso de reposición y para el evento de que este no sea acogido. Acogida la apelación o propuesta la aplicación de una medida distinta, se devolverá la resolución correspondiente con el sumario, a fin de que se dicte, en el plazo de cinco días, la que corresponda por la autoridad competente.

Vencidos los plazos de instrucción de un sumario y no estando este afinado, la autoridad que lo ordenó deberá revisarlo y determinar la responsabilidad del fiscal.

Los vicios de procedimiento no afectarán la legalidad de la resolución (decreto) que aplique la medida disciplinaria, cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario.

Sobre el particular, cabe tener presente que el órgano contralor, en Dictamen Nº 23.999, resolvió que no se ajusta a derecho un acto administrativo por el cual se aplica a un funcionario una medida disciplinaria, si este se ingresa a Contraloría para el trámite de toma de razón estando pendiente el plazo que otorga la ley al afectado para interponer los recursos correspondientes. En esta materia, es preciso recordar que, por Dictamen Nº 10.754, de 1966, entre otros, se concluyó que la toma de razón del documento sancionatorio constituye el último trámite del proceso disciplinario y deja a firme el castigo impuesto, de modo que, tanto la notificación de la sanción como los recursos que procedan en su contra, deben producirse y quedar resueltos antes de enviarse ese instrumento a Contraloría para su control preventivo de legalidad. Más adelante se analiza la *nulidad procesal*.

Los plazos señalados en el Título V, de la Ley 18.834, serán de días hábiles, según el caso.

5.4. Extinción de la responsabilidad administrativa Título VII. (Arts. 157 a 159)

La responsabilidad administrativa del funcionario público se extingue:

- i) Por muerte: La multa, cuyo pago o aplicación se encontrare pendiente a la fecha del fallecimiento, quedará sin efecto.
- ii) Por haber cesado en sus funciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 147º, inciso final.
- iii) Por el cumplimiento de la sanción.
- iv) Por la prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria de la administración contra el funcionario prescribe en cuatro años, contados

desde el día en que este hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen. (Modifica el plazo de dos a cuatro años la Ley 19.653, Art. 5º, Nº 10). Si hubiere hechos constitutivos de delito, la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal.

La prescripción de la acción disciplinaria puede interrumpirse o suspenderse.

- Se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, si el funcionario incurre, nuevamente, en falta administrativa.
- Se suspende, desde que se formulan cargos en el sumario o investigación sumaria.

5.5. Otras normas relacionadas con la responsabilidad administrativa

Según lo establecido en el Artículo 146º, letra a, de la Ley 18.834, el funcionario cesa en su cargo por la *aceptación de la renuncia*. A este respecto, los dictámenes N°s 12.177 y 13.463, de 1990, han precisado que la renuncia voluntaria presentada por un funcionario sumariado, no puede ser retenida por la autoridad administrativa por más de treinta días, transcurridos los cuales debe, necesariamente, darle curso, ya que la ley no contempla la posibilidad de su rechazo⁴⁷.

Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 141º, inciso final, si se encontrare en tramitación un sumario administrativo en el que estuviere involucrado un funcionario y este cesare en sus funciones, el procedimiento deberá continuarse hasta su normal término, anotándose en la hoja de vida la sanción que el mérito del proceso determine. Sobre este particular, el dictamen N° 16.893, de 1990, señala que, de acuerdo a la norma antes indicada, si durante la sustanciación de un sumario, el funcionario involucrado cesa en sus funciones, el proceso disciplinario debe continuar su tramitación legal y concluir mediante la dictación de un acto formal, sujeto al trámite de toma de razón ante esta Contraloría, que aplique la sanción correspondiente. Así, la expresión "hasta su normal término", debe entenderse referida al acto administrativo que afina formalmente el proceso disciplinario (resolución o decreto), emitido luego de notificadas las medidas disciplinarias dispuestas para aplicar al empleado que se alejó del servicio durante la tramitación del sumario que lo afecta, por cuanto la toma de razón a que están sometidos los actos que afinan esos procesos tiene por fin verificar si en ellos se ha respetado la ley estatutaria y cumplido las reglas de procedimiento. Finalmente, la expresión «se encontrare en tramitación», que emplea el Estatuto Administrativo, debe entenderse referida al instante en

47 Vs. Dictámenes N°s 47.761/69, 19.603/71, 29.366/85

que se dicta la resolución exenta que ordena la instrucción del sumario administrativo y no desde el momento en que se constituye la Fiscalía.

5.6. Esquemas de contenido de los derechos y obligaciones del funcionario público



Esquema 2:**ESQUEMA DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO**

Cuando el fiscal advierte de la comisión de un delito, tiene la obligación de remitir los antecedentes a la justicia ordinaria (Fiscalía, Juez de Garantía). Esto ocurre en la etapa resolutoria.

Complete los espacios asignados teniendo a la vista el Código Penal (C.P.):

1) El Delito (Art. 1° C.P.)

2) Son autores:

Art. 15 C.P.

Son cómplices:

Art. 16 C.P.

Son encubridores:

Art. 17 C.P.

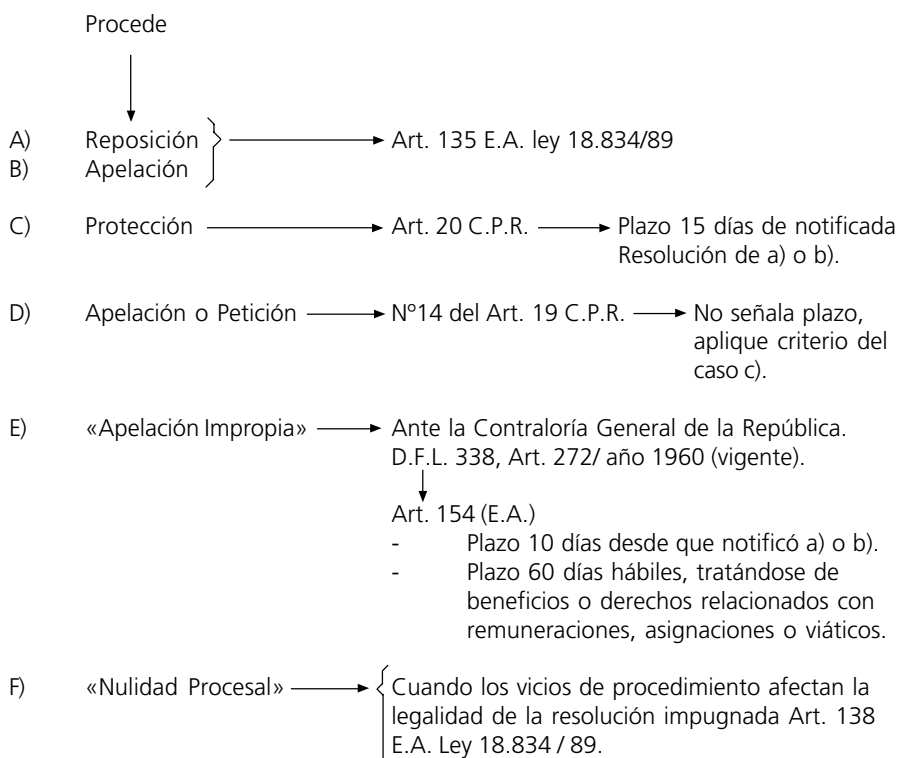
Recuerde que se dispone de:

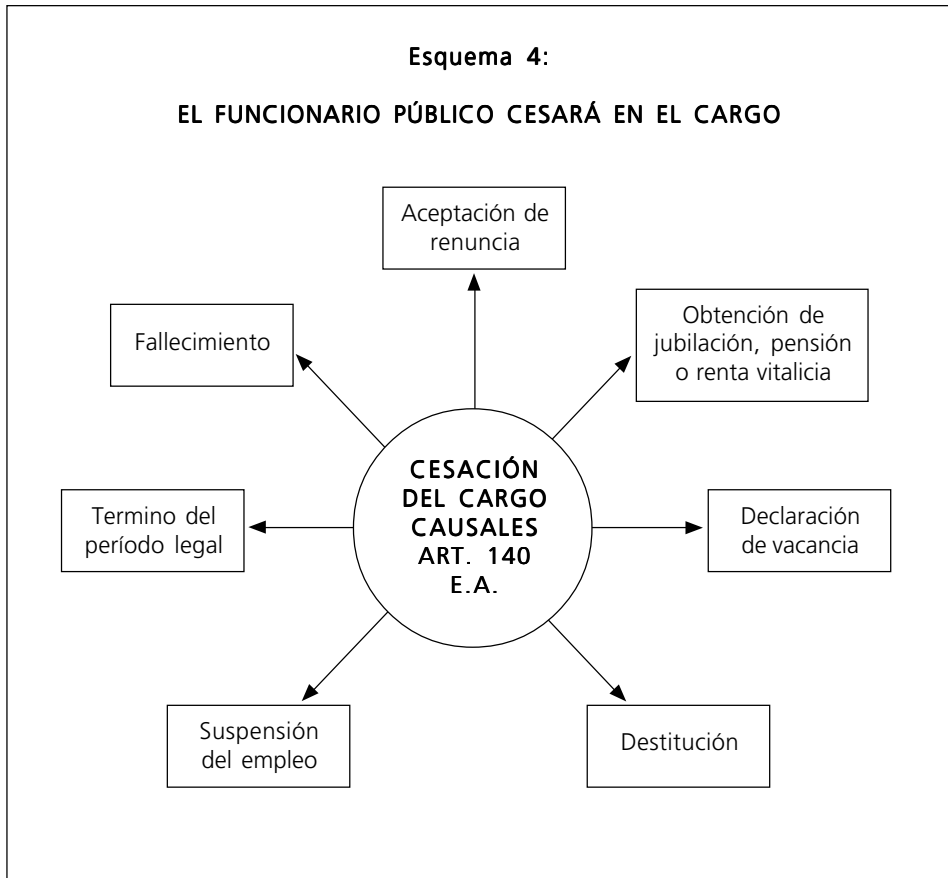
- 5 días para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas.
- El plazo máximo que le puede otorgar el fiscal para que se rindan las pruebas es de 20 días.
- Dada la importancia de este recurso, remítase al Código de Procedimiento Civil y anote en este espacio los medios probatorios de que pueda disponer.

- 1) Art. 342 C.P.C. _____
- 2) Art. 356 C.P.C. _____
- 3) Art. 385 C.P.C. _____
- 4) Art. 403 C.P.C. _____
- 5) Art. 409 C.P.C. _____
- 6) Art. 426 C.P.C. _____

Esquema 3:

EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE ORDENE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA DISCIPLINARIA

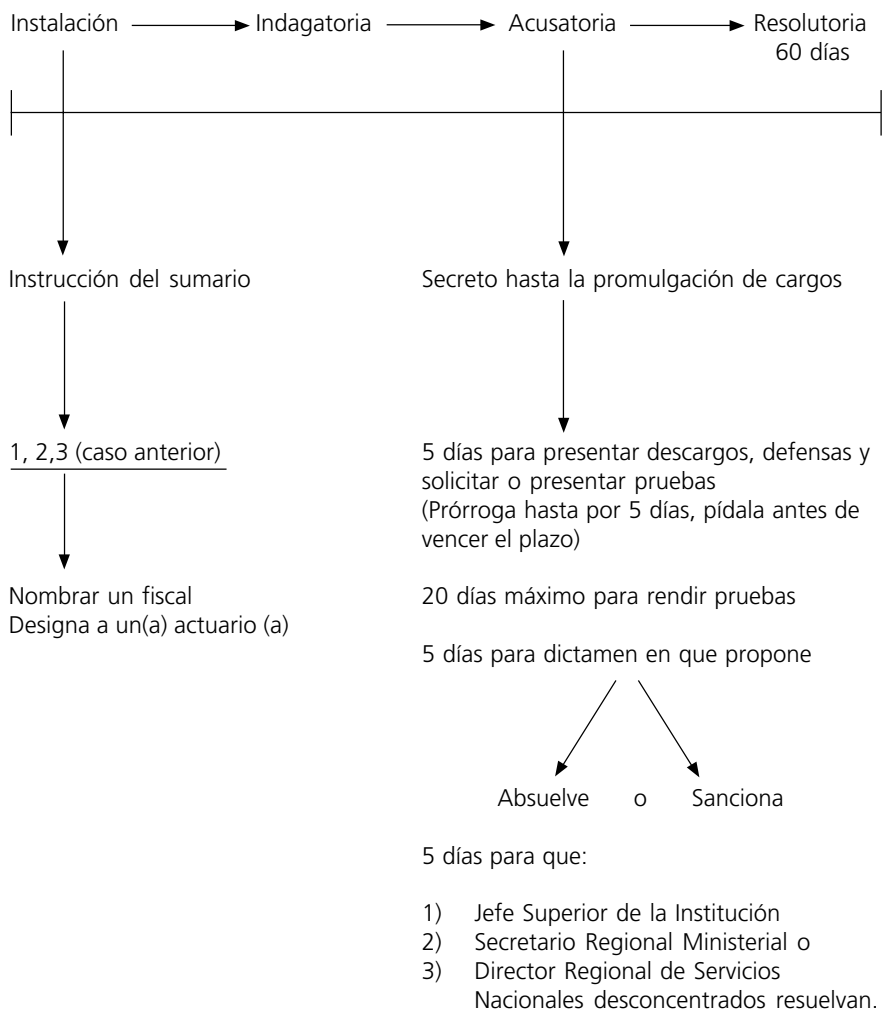




Esquema 5:

EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

- Art. 122 y siguiente
Estatuto Administrativo (E.A.) Ley 18.834/89
- Etapas



Esquema 6:**LA INVESTIGACIÓN SUMARIA**

- Art. 120 y siguientes

Estatuto Administrativo (E.A.) Ley 18.834/89

- Etapas

Instalación → Indagatoria → Acusatoria → Resolutoria (2 días)



- 1) Jefe Superior del Servicio
- 2) Secretario Regional Ministerial.
- 3) Director Regional

De Servicios Nacionales desconcentrados

Se nombra un Investigador

5 días para investigar

Formulación de cargos

2 días para responder

3 días para pedir prueba

2 días para emitir vista o Informe

- Los plazos señalados son de días hábiles (Art. 130 E.A) (Art. 143 E.A de funcionarios municipales)

Los esquemas que se presentan a continuación pretenden servirle de resúmenes para estudiar los contenidos.

5.7. La nulidad procesal del sumario administrativo

A estas alturas de su estudio, usted tendrá claro que debe defender los derechos de los funcionarios por los medios que la ley le otorga. También hemos dejado establecido cuáles son estos recursos. Sin embargo, nuestra práctica profesional en la defensa de sumario administrativo y como fiscal sumariante permite evidenciar que el tema de la nulidad procesal se encuentra disperso en numerosas disposiciones legales y dictámenes de la C.G.R., razón por la cual propongo a usted que analice los criterios de defensa para solicitar que se anule el Sumario o, si actúa como fiscal, cuide de no incurrir en tales vicios procesales. Si bien el Art. 144 del Estatuto Administrativo señala que: «Los vicios de procedimiento no afectarán la legalidad de la resolución que aplique la medida disciplinaria, cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario», entonces podemos concluir que afectan los siguientes casos a la legalidad de la resolución, porque inciden en trámites que tienen influencia decisiva en los resultados del sumario:

- i) Incompetencia de la autoridad que dispuso la instrucción del sumario.
- ii) Inhabilidad para ser fiscal.
- iii) Incompetencia del fiscal.
- iv) Falta de apercibimiento a los inculpados. Para que se deduzcan causales de recusación.
- v) Falta de notificación de los cargos al inculpadado.
- vi) Sancionar al funcionario por hechos que no fueron material de cargos.
- vii) Omitir notificar la medida disciplinaria al afectado, inciso final.
- viii) Aplicar más de una sanción disciplinaria al inculpadado por el mismo hecho.
- ix) Impedir que el inculpadado o su representante legal (Procurador o Abogado ley 18.120, Art. 2° y Art. 7° del Código de Procedimiento Civil) tome conocimiento del sumario para contestar los cargos. Sin perjuicio del inc. 5° del N° 3 del Art. 19 de la CPR., norma relativa al debido proceso.
- x) Ordenar la remisión del sumario al jefe directo del inculpadado antes de dictar resolución Art. 6° y 7° C.P.R.⁴⁸

48 Para estos efectos es preciso remitirse a los Dictámenes Nos. 26.661 /02, 49.997 /02, 4.206 /02, 16.254/71, 1.503/60 y el Principio Jurídico «Non bis ibidem», Dictamen 26.034/68.

ACTIVIDADES

- 1) Explique cuál es el aporte de la Escuela Clásica.
- 2) Nombre y defina las seis características de los servicios públicos.
- 3) Enuncie una definición personal de función pública.
- 4) Nombre y defina los tres tipos de responsabilidad que afectan al funcionario público.
- 5) Desde la perspectiva de su función y teniendo a la vista el Art. 5º del E.A.F.M., diseñe un concepto personal de:
 - a) Cargo municipal
 - b) Planta de personal
 - c) Carrera funcionaria
 - d) Remuneración
 - e) Empleo a contrata
 - f) Sueldo
- 6) Explique la siguiente ecuación:
Art. 65 Nº 2 CPR + Art.19 Nº 14 CPR + Art. 15 L.18883 =
- 7) Enuncie una definición personal de Estatuto Administrativo.
- 8) ¿Cuáles son los dos componentes esenciales que establece el Estatuto Administrativo?
- 9) ¿Qué entiende por derechos funcionarios?
- 10) Nombre y defina brevemente los dos tipos de ascensos.
- 11) ¿Cuáles son nuestros tres deberes funcionarios?
- 12) ¿Cuáles son nuestras prohibiciones funcionarias?
- 13) ¿Cuáles son los recursos públicos? (Art. 28. Ley 18.575)
- 14) ¿Cómo actúa un servicio centralizado? (Art. 29, 30 y 31 L. 18.575)
- 15) ¿Cómo actúa un servicio descentralizado? (Art. 29, 30 y 31 L. 18.575)
- 16) ¿A qué se refiere el Art. 120 E.A?
- 17) ¿Cómo procede la investigación sumaria?
- 18) ¿Cómo procede el sumario administrativo?

UNIDAD 3:

La Contraloría General de la República y la Nulidad de los Actos Administrativos



OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Conocer y valorar las funciones y objetivos de la Contraloría General de la República.
2. Vincular las funciones de la C.G.R. con el municipio.
3. Analizar los principios de probidad y control administrativo.

DESARROLLO TEMÁTICO

1. Características, funciones y objetivos de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República (CGR) es un órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado, regulado en la Constitución Política, que goza de autonomía frente al Poder Ejecutivo y los demás órganos públicos.

Están afectos a la acción fiscalizadora de la Contraloría General los órganos y servicios centralizados y descentralizados de la Administración del Estado, incluyendo los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las Empresas Públicas del Estado creadas por ley, con la sola excepción de aquellas reparticiones marginadas por ley de su control.

Aún cuando no integran la Administración del Estado, se encuentran también sujetas al control de esta entidad fiscalizadora las instituciones de carácter privado en que el Estado tenga aportes, representación o participación en los porcentajes que señala el Artículo 16°, inciso segundo, de la ley N° 10.336. Dicho control se preocupa de «cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional».

Asimismo, la Contraloría General tiene atribuciones respecto de las entidades del sector privado que perciban, en virtud de leyes permanentes, aportes o subvenciones del Estado para finalidades específicas y determinadas, con el objeto de verificar el cumplimiento de esos fines.

La Contraloría General de la República tiene también la fiscalización de todas las organizaciones no gubernamentales (ONG) que reciben aportes o subvenciones estatales para verificar el empleo de estos recursos en los fines previstos por el legislador.

1.1. Características de la CGR

A continuación enumeramos las principales características de la CGR:

- a) Es esencialmente un órgano de control de juridicidad o legalidad de la Administración del Estado.
- b) Tiene rango constitucional⁴⁹.
- c) Es un organismo autónomo en el sentido de que goza de independencia para el ejercicio de sus funciones. No está sometida ni al mando ni a la supervigilancia del Poder Ejecutivo ni del Congreso Nacional.
La planta del personal de Contraloría General es materia de ley, pero el Contralor General realiza todos los nombramientos y dispone las demás medidas atingentes a los funcionarios. El organismo contralor no goza de personalidad jurídica propia, por lo que actúa con la personalidad del Estado. Tampoco tiene autonomía financiera, de modo que la aprobación y ejecución de su presupuesto está sometido a las mismas reglas que el resto de los servicios públicos, lo que supone la iniciativa legislativa del Presidente de la República.
- d) Es un organismo superior de control que forma parte del Sistema Nacional de Control, el que está integrado, además, por la Cámara de Diputados en cuanto fiscalizador de los actos de gobierno, los Tribunales de Justicia, algunos órganos especializados de fiscalización, como las Superintendencias, los controles jerárquicos y las unidades de control interno de los servicios públicos. Existe, además, el control social a través de los medios de comunicación y los ciudadanos en general.
- e) Integra la Administración del Estado, por mandato del Artículo 1° de la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Por lo tanto, está sometida a las normas del Título I de dicho texto legal, el que exige, entre otros aspectos, una actuación coordinada con los servicios públicos, sin perjuicio de su autonomía.
- f) La norma que regula la organización y funcionamiento de la Contraloría General es la ley N° 10.336 que tiene el rango de Ley Orgánica Constitucional.

La máxima autoridad es el Contralor. Es designado por un periodo de ocho años, por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio. Es inamovible en su cargo y las únicas causales de cesación que contempla la Carta Fundamental son las de cumplir 75 años de edad y la remoción dispuesta por el Senado en el caso de

49 Capítulo X, artículos 98 a 99, de la Constitución Política de la Republica de 1980.

acogerse una acusación constitucional hecha por la Cámara de Diputados fundada en notable abandono de funciones⁵⁰.

1.2. Funciones de la CGR

La entidad cumple varias funciones, entre las que destacan las siguientes:

- a) TOMA DE RAZÓN: Los actos que realizan los distintos órganos que componen la Administración del Estado, deben ajustarse a la Constitución y la ley. Para ello, se someten a un control previo que realiza la Contraloría General para verificar su constitucionalidad y legalidad, lo que se denomina toma de razón.

Es importante que recuerde que algunos de los actos sometidos a la toma de razón son:

- Nombramientos del personal de la Administración del Estado.
- Aplicación de medidas disciplinarias.
- Ascensos.
- Cese de funciones.
- Otorgamientos de pensiones de jubilación.

Cuando la conclusión del análisis que realiza la CGR de algunos de los actos mencionados u otros, es favorable, ejecuta lo que se conoce con el nombre de toma razón, entonces se dice que la CGR tomó razón de un determinado documento o acto. Cuando la entidad observa en su estudio que hay elementos que no se ajustan a derecho, representa la ilegalidad, devolviendo el documento al servicio de origen sin tramitar, vale decir no se hace efectivo y no se toma razón de él. En este caso, la CGR hace las observaciones o reparos pertinentes, para ser subsanados.

El plazo que tiene la Contraloría General para pronunciarse sobre la juridicidad o legalidad de los actos administrativos sometidos a toma de razón es de quince días, contados desde la fecha de su recepción. No obstante, hay disposiciones legales que señalan plazos mucho más breves, tratándose de ciertas materias.

Por otra parte, el Contralor General, de oficio o a petición del Presidente de la República puede, por resolución fundada, autorizar que ciertas medidas produzcan sus efectos antes de cumplir con la toma de razón. Por ejemplo, nombramientos de funcionarios públicos, siempre que se ordene la asunción inmediata de funciones; las medidas que tiendan a evitar o reparar daños a la colectividad o al Estado (como terremotos e inundaciones, entre otros); y aquellas medidas que perderían oportunidad o estarían expuestas a desvirtuarse.

50 Art. 52, N°2, letra c.

- b) **EMISIÓN DE DICTÁMENES:** La CGR emite dictámenes jurídicos. Se trata de documentos que interpretan las normas o leyes y que se originan cuando alguna autoridad administrativa, empleados públicos o particulares, solicitan a la CGR que interprete la ley. Esto sucede, por ejemplo, cuando algunos de ellos, ha considerado que se han violado sus derechos o estos han sido violentados por acciones u omisiones abusivas de la autoridad. Esta tarea es realizada por un conjunto de abogados que trabajan en la entidad. Cabe mencionar que la CGR, regularmente, imparte instrucciones a los servicios públicos para que cuenten con la información necesaria acerca de la forma en que deben interpretarse determinados mandatos jurídicos.
Los dictámenes de la Contraloría General conforman jurisprudencia, vale decir, se entienden como parte de la legislación vigente, se hacen obligatorios y comunes para todos los órganos administrativos sometidos a su fiscalización.
- c) **AUDITORÍA E INVESTIGACIONES ESPECIALES:** Realizar una auditoría significa materializar una investigación, estudio y análisis, respecto del funcionamiento, ya sea general y/o particular, de los servicios del Estado. La CGR cuenta con amplias facultades para llevar a cabo esta labor. Se trata de un control interno a los órganos estatales, destinado a comprobar que su quehacer se concrete de acuerdo a lo que establece la ley.
- d) **CONTROL DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN:** La CGR se encarga de fiscalizar el cumplimiento de las normas que rigen a los funcionarios públicos, tarea que realiza a través de diferentes formas. Por ejemplo, tomando razón de los nombramientos de dicho personal, realizando inspecciones, emitiendo órdenes de reintegro de las remuneraciones mal percibidas, entre otras.
Para facilitar esta labor Contraloría General mantiene un registro computarizado de todos los servidores públicos; allí se contiene el historial de cada funcionario con los datos más importantes de su carrera.
- e) **CONTABILIDAD GENERAL DE LA NACIÓN:** La CGR lleva la Contabilidad General de la Nación. Para ello, consolida los registros contables que deben efectuar los servicios, conforme a las pautas y procedimientos que ella determina. Uno de los resultados de esta función es la elaboración del Balance Anual de la Gestión Financiera del Estado.
- f) **INFORMACIÓN Y DIFUSIÓN:** La Contraloría General realiza una amplia labor de información y de asesoría a la Administración y al Congreso Nacional, publica los Tomos de Leyes y Reglamentos, da información jurídica a los órganos públicos y particulares a través de Boletines de Jurisprudencia y mantiene la Base Computacional sobre Legislación y Jurisprudencia. También publica anualmente una Memoria de su gestión. Además, la Entidad Fiscalizadora efectúa intensos programas de capacitación a los funcionarios de la Administración Pública, incluidos los de Contraloría General, de acuerdo con una concepción moderna de control educativo.

- g) **JUZGAMIENTO DE CUENTAS:** Cuando funcionarios o exfuncionarios públicos, han actuado ilegalmente, provocando daño al patrimonio público en la administración de los recursos públicos entregados a su resguardo, la CGR puede iniciar lo que se denomina juicios de cuentas. Esto tiene por objeto que el Estado se repare de los perjuicios causados.

Las múltiples funciones de contraloría pueden ser agrupadas en siete categorías, que a continuación describimos.

1.2.1. Función jurídica

La función principal y por excelencia de la Contraloría General de la República consiste en ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración, labor que se conoce como función jurídica, la cual se cumple de dos formas: mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la administración del Estado -dictámenes y oficios que conforman la llamada jurisprudencia administrativa- y a través del control de las órdenes formales emanadas de la administración activa, control que puede ser preventivo, simultáneo o a posteriori. En particular, el control preventivo de juridicidad se lleva a cabo mediante el trámite constitucional de la toma de razón.

1.2.2. Función de dictaminar

Una de las funciones trascendentales que el Estado de Derecho le reconoce a la Contraloría General, lo constituye la facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.

Esta potestad permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable.

De este modo, con la labor interpretativa de la Contraloría General se facilita que las declaraciones generales y abstractas de la normativa legal relacionada con la ética pública se transformen -a través de su aplicación concreta, uniforme y reiterada- en normas específicas de conducta, con lo que el Estado de Derecho gana en eficacia, atribuyéndole a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, un sentido y alcance concretos que van más allá del tenor explícito del propio texto. De esta manera, la labor interpretativa que realiza la

Contraloría complementa la labor normativa que, en el ámbito de sus potestades, llevan a cabo el Congreso Nacional y el Presidente de la República.

Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo - esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes.

De este modo, la función que la Constitución ha encargado a la Contraloría General de la República de interpretar con fuerza obligatoria las leyes y actos administrativos y el uso que de esta facultad ha hecho esta institución, permiten dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido por la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima y a la teoría de la inducción al error.

1.2.3. Función de toma de razón

La toma de razón es el procedimiento de control preventivo a través del cual la Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República. De este modo, la toma de razón constituye un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan, sin que con ocasión del mismo la Contraloría General pueda pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas. Los actos administrativos sobre personal que se encuentren exentos de toma de razón, deben remitirse a esta Entidad de Control para su registro y control posterior, en tanto que los actos administrativos sobre obras que se encuentren exentos del control preventivo, deben enviarse para toma de conocimiento.

1.2.4. Función de auditoría

A la Contraloría General le corresponde, además, efectuar auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, por el resguardo del patrimonio público y por el respeto del principio de probidad administrativa. A través de estas auditorías se evalúan los sistemas de control interno de los servicios y entidades; se fiscaliza la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución de los estados financieros; se comprueba la veracidad de la documentación legal; se verifica el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios y se formulan las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecta.

El examen de cuentas, que constitucionalmente le corresponde realizar en forma privativa a la Contraloría General, queda inserto dentro de las auditorías. Asimismo, la Contraloría puede realizar visitas inspectivas en los servicios públicos que fiscaliza, atendiendo denuncias que se le formulen, en cuyo caso efectúa las indagaciones que procedan y emite un informe que es remitido a la autoridad respectiva.

1.2.5. Función contable

La Contabilidad General de la Nación tiene como finalidad generar información estructurada y sistemática sobre los eventos económicos que modifican los recursos y las obligaciones del Estado y está destinada a apoyar el proceso de toma de decisiones de los Poderes del Estado, de las autoridades administrativas y de los órganos de fiscalización; como también el conocimiento de la comunidad y de terceros interesados en la gestión del Estado. Para ello, consolida los registros contables que deben efectuar los servicios, conforme a los principios y normas contables básicas y procedimientos que ella determina.

Además, le compete, en forma exclusiva, regular la Contabilidad General del Sector Público, definido para estos efectos por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado e interpretar, con fuerza obligatoria, las disposiciones vigentes que incidan en la contabilización de una operación determinada e informar acerca de los procedimientos técnicos aplicables.

1.2.6. Función jurisdiccional

La Constitución Política encarga a la Contraloría General de la República la labor de juzgar las cuentas de las personas o funcionarios que tienen a su cargo fondos o bienes públicos y de velar por la legalidad de los ingresos y gastos y por la integridad del patrimonio estatal. Este procedimiento tiene por objeto perseguir la responsabilidad civil extracontractual de los funcionarios o ex funcionarios que hayan causado daño al patrimonio público y, para tal efecto, la Ley N° 10.336 ha regulado la institucionalidad conforme a la cual este Organismo Contralor debe llevar a cabo dicha función jurisdiccional, contemplando para tal efecto la existencia de una Fiscalía y de los Tribunales de Cuentas de Primera y Segunda Instancia.

La primera instancia se tramita ante el Tribunal de Cuentas, cuyo juez es el Subcontralor, mientras que la segunda instancia, se tramita ante el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia que está compuesto por el Contralor General, quien lo preside, y por dos abogados designados por el Presidente de la República. A este último Tribunal, le corresponde conocer de los recursos de apelación y especial de revisión que se interpongan durante la tramitación de un juicio de

cuentas. En todas estas etapas del juicio de cuentas, a la Fiscalía de la Contraloría General de la República le corresponde actuar como parte en defensa de los intereses patrimoniales del Estado.

1.2.7. Otras funciones

- a) **FUNCIÓN DE COORDINACIÓN E INFORMACIÓN JURÍDICA.** El cumplimiento de la función de coordinar y velar porque se mantenga la consistencia doctrinaria de la jurisprudencia administrativa y de proporcionar información relevante en materia jurídica, recae, especialmente, en la División de Coordinación e Información Jurídica. A través de esta dependencia, se realiza una amplia labor de información, difusión y asesoría a los órganos de la Administración, al Congreso Nacional y a la ciudadanía en general.
- b) **SECRETARÍA GENERAL.** A la División Secretaría General le corresponde la gestión interna de la institución, siendo la unidad encargada de la administración de los recursos institucionales. También cuenta con una biblioteca institucional.
- c) **CENTRO DE INFORMÁTICA.** El Centro de Informática es la unidad a cargo del manejo de las tecnologías de información, la cuales pretenden ayudar a cumplir de mejor forma las funciones anteriormente descritas.

1.3. Fiscalización de la CGR

La CGR fiscaliza los órganos y servicios centralizados y descentralizados de la Administración del Estado, incluyendo los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las Empresas Públicas del Estado creadas por ley, con la sola excepción de aquellas reparticiones marginadas por ley de su control.

Asimismo, se encuentran también sujetas al control de esta Entidad Fiscalizadora las instituciones de carácter privado en que el Estado tenga aportes, representación o participación en los porcentajes que señala el Artículo 16°, inciso segundo, de la ley N° 10.336. Dicho control se preocupa de «cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional».

La Contraloría General tiene atribuciones con respecto a las entidades del sector privado que perciban, en virtud de leyes permanentes, aportes o subvenciones del Estado para finalidades específicas y determinadas, con el objeto de verificar el cumplimiento de esos fines. La Contraloría General de la República tiene también la fiscalización de todas las organizaciones no gubernamentales

(ONG) que reciben aportes o subvenciones estatales para verificar el empleo de estos recursos en los fines previstos por el legislador.

1.4. Objetivos de la CGR

- a) **PROTEGER EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD O DE JURIDICIDAD:** Este principio se traduce en que la actividad de la Administración, al igual que la de cualquier órgano del Estado, debe ajustarse al ordenamiento jurídico, debe ajustarse a todas las normas que lo conforman, tanto las que establece la Constitución, de orden legal, como las contenidas en los tratados internacionales y las de carácter reglamentario.
La tutela de este principio persigue velar por el respeto de los derechos individuales, así como también por los intereses públicos.
- b) **TUTELAR EL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA:** Como ya Ud. se ha informado, el riesgo de un deterioro de los valores éticos que puede afectar a la Administración suele manifestarse en la corrupción, la cual acarrea significativos perjuicios para el patrimonio estatal y el interés de la ciudadanía, comprometiendo incluso la estabilidad institucional de un país. Para resguardar el principio de la probidad, la CGR ha intensificado sus labores de investigación de las situaciones relacionadas con la vulneración de este principio. Asimismo, imparte instrucciones y efectúa recomendaciones con respecto a las medidas que los servicios deben adoptar para evitar la ocurrencia de hechos de esta naturaleza; por ejemplo, disponer capacitación del personal en materia de deberes y prohibiciones estatutarias o establecer sistemas de control interno adecuadamente concebidos desde el punto de vista orgánico y funcional, y dotados de recursos suficientes.
- c) **RESGUARDAR EL PATRIMONIO PÚBLICO:** La Contraloría General debe encargarse de tutelar el patrimonio público, conformado por los recursos materiales, financieros y tecnológicos. La acción del Organismo Contralor tiene por objeto velar por la integridad de ese patrimonio y garantizar de alguna manera que los recursos pertinentes sean administrados e invertidos regular, racional y eficientemente, conforme a las exigencias impuestas por el ordenamiento. Las funciones de la Contraloría General de la República son eminentemente fiscalizadoras; de carácter jurídico, contable y financiero, pues están destinadas a cautelar el principio de legalidad, es decir, verificar que los órganos de la administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones y con sujeción a los procedimientos que la ley contempla. Dichas funciones están contenidas en:
 - La Constitución Política de la República.
 - Su Ley Orgánica Constitucional.
 - Otras leyes especiales.

2. La Ley del Nuevo Trato y de Alta Dirección Pública

Previo al análisis, deseamos expresar algunas ideas que le permitirán entender el contenido de esta ley.

En el pasado, el Presidente de la República tenía la facultad de designar directamente 3.500 funcionarios públicos de su exclusiva confianza, pero una vez que comenzó a regir la Ley del Nuevo Trato y de Alta Dirección Pública, este amplio abanico se reduce a 700 personas. Usted se podrá preguntar: ¿Y el resto? A unos 1.700 cargos fiscales se podrá acceder mediante concursos internos de la administración; si este proceso se declara desierto se abriría la postulación hacia el resto de la ciudadanía. Mientras que los otros 1.100 puestos serán elegidos también por el Presidente, pero no directamente. Ello, porque el consejo de Alta Dirección Pública propondrá a la máxima autoridad una terna o quina de postulantes, dependiendo del caso.

En síntesis, esta reforma tiene cuatro ejes centrales: modernización de la carrera funcionaria, más estímulos al mejor desempeño del personal, nueva institucionalidad y nuevos directivos públicos. No está de más reiterar que la necesidad de introducir estos cambios se debe fundamentalmente a que hoy, en cada grado de la administración, los funcionarios se ordenan de acuerdo a un escalafón que opera sobre la base de calificaciones y antigüedad. De hecho, al producirse una vacante, esta se ocupa con el funcionario del “tope del escalafón” del grado inmediatamente inferior, que comúnmente reúne requisitos generales del cargo.

Con la nueva ley se intenta terminar con estos “ascensos por antigüedad”, ya que se llamará a concurso interno y después externo, según sea el caso, independientemente de que exista un funcionario en el tope del escalafón.

Otra reflexión que deseo comentarle, es que la Ley del Nuevo Trato y de Alta Dirección Pública incorpora el concepto de “Estímulo al desempeño funcionario”⁵¹.

Conviene hacernos la pregunta: *¿Se termina el pago de incentivos individuales?*

El incentivo por la calificación individual es reemplazado por este incentivo al logro y desempeño por equipos de trabajo, que pueden ser regional o provincial o por tareas específicas pertinentes a los compromisos de gestión anuales que definirá la dirección de los servicios públicos.

¡Lo invitamos a que Ud. se formule otras interesantes interrogantes!

Premio anual de la excelencia institucional. Se entregará al servicio público más destacado anualmente por su mayor productividad y calidad de servicio a la ciudadanía. El costo anual aproximado por esta distinción es de \$500 millones.

En síntesis, tenga usted presente que los cambios más importantes de la nueva ley que se orientan a la carrera funcionaria, son:

- 1) *Extensión de la carrera funcionaria hasta el tercer nivel de responsabilidad (jefe de departamento o su símil) de las instituciones, mediante una nueva modalidad de carrera y concursos.* El procedimiento de concursos: serán abiertos, pero se realizarán en primera instancia al interior de la administración para proveer los cargos del tercer nivel de responsabilidad por un plazo de 3 años renovables, de acuerdo al desempeño en el cargo. En caso de que no existan postulantes calificados, se realizará un concurso público. Los cargos para ser nombrados por el Presidente de la República son más de 1.500.
- 2) *La nueva ley estableció que la promoción en la carrera funcionaria ya no será por antigüedad, sino por concurso interno, en que podrán participar los funcionarios de planta que estén en los tres grados inferiores. Se podrá postular a los cargos de: Directivos profesionales y técnicos. Los requisitos que se deben cumplir son: Evaluación del desempeño, capacitación pertinente, aptitud para el cargo y experiencia calificada⁵².*
- 3) *El mecanismo de concursabilidad para seleccionar a los funcionarios más meritorios se extenderá a los servicios públicos en rediseño o reestructuración, producto de su proceso modernizador.*
- 4) *Capacitación.* Cada servicio público implementará nuevos programas en este ámbito.
- 5) *Calificación por desempeño.* Cada servicio público podrá elaborar su propio esquema de evaluación, de acuerdo a su función y metas estratégicas.
 - a) Propondrá al Presidente de la República o Ministro del ramo, según corresponda, una terna de candidatos seleccionados para la designación de uno de ellos. Este procedimiento será utilizado para los directores y jefes superiores de servicio. Además, la autoridad podrá declarar desierto el concurso hasta en dos oportunidades.
 - b) Participar a través de uno de sus integrantes o a través de un experto seleccionado de una lista de profesionales elegibles aprobada por el mismo Consejo, en los comités de selección para directivos públicos del segundo nivel de responsabilidad (un grado inferior a los jefes superiores de servicios), los que estarán integrados, además, por un representante del Ministerio correspondiente, un representante del jefe de servicio y un representante de la Dirección del Servicio Civil.
 - c) Proponer al Ministro de Hacienda los porcentajes de la asignación de dirección pública que se aplicarán a los jefes superiores de servicio del sistema, considerando para ello el grado de tecnificación y

52 Art. 48 y sgtes.

- responsabilidad de las labores asignadas, los perfiles requeridos y las remuneraciones de mercado para funciones afines.
- d) Los nombramientos tendrán una duración de tres años; a su término la autoridad competente podrá renovarlos en dos oportunidades, fundadamente, por igual plazo.

3. La nulidad de los actos administrativos

3.1. Comentarios a la norma del Art. 6º, inciso 1º, de la Constitución Política de la República de Chile

Tal precepto dice: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. De esta disposición fluye que hay un deber, a la vez orgánico y funcional. Desde el punto de vista orgánico y como la norma no distingue, ella es obligatoria respecto de todos los órganos del Estado, sean estos de carácter legislativo, jurisdiccional, gubernamental y administrativo, de control y económico, sin excepción alguna, de lo que también se dejó constancia en la Comisión de Estudios de la Carta Política de 1980. Enseguida, desde la perspectiva funcional, todas las acciones de esos órganos quedan también sometidas a tal disposición; y por cierto, la ley, la sentencia, el tratado, el reglamento, el acto y los contratos administrativos, la toma de razón y otros se hallan en ese deber jurídico.

Lo primero que corresponde observar es la Carta Política y luego todos los órdenes jurídicos de inferior jerarquía, que deben ser también dictados según la normativa de la Ley Fundamental, vale decir, ajustados a ella.

3.2. Concordancia del Art. 6º y 88 de la C.P.R.

El acto más propio de la Administración es el acto administrativo, en el cual pueden distinguirse diversas etapas, involucrando todas ellas acciones de dicha Administración:

- a) La de su gestación (procedimiento de elaboración)
- b) La de su dictación o perfeccionamiento
- c) La de su aplicación o ejercicio
- d) La de su extinción

En todas, además, y de acuerdo con lo anteriormente expresado, rige el principio del Art. 6º, inciso 1º. La Administración del Estado, por consiguiente, no solo al elaborar y al dictar o perfeccionar el acto tiene que observar ese elemento de juridicidad, sino que también en la etapa de ejecución o cumplimiento del acto administrativo. Si advierte que se ha quebrantado el principio de juridicidad, no solo tiene atribuciones para restablecer el orden

jurídico quebrantado, sino que se halla obligada a ello, a fin de dar cabal cumplimiento al deber que la norma constitucional citada le impone; es decir, puede y debe invalidar sus actos contrarios a Derecho.

Tan cierto es que, el principio de juridicidad del Art. 6º de la Ley Fundamental, obliga a la Administración del Estado a reaccionar frente a las actuaciones que lo vulneren, debiendo restablecer el orden jurídico infringido, que el propio constituyente desarrolla, en este sentido, en el tratamiento de dicha infracción, obligando a la Administración a proceder en consecuencia en la situación del Art. 88 de la Constitución Política. Según esta prescripción, si el Contralor General representa un decreto o resolución que vulnera tal principio, los caminos que puede seguir el Presidente de la República son:

1. Si no está de acuerdo con el reparo, debe dictar un decreto de insistencia (sin perjuicio de la llamada insistencia por oficio); o bien debe recurrir al Tribunal Constitucional si el vicio consistiera en una infracción a la Ley Suprema, para que el Tribunal resuelva la controversia.
2. En cambio, si conviene en que el acto es ilícito él puede expresar su voluntad de invalidación de este mediante:
 - a) Archivar el decreto o resolución.
 - b) Remitirlo a Contraloría General a retrámite, eliminando las partes viciadas cuando la objeción es parcial.
 - c) Ordenar su invalidación por otro decreto.

En los primeros casos, hay una voluntad tácita de invalidación y en el tercero, expresa. Todo ello quiere decir que el Presidente de la República -órgano por excelencia de la Administración del Estado- se encuentra facultado a nivel constitucional para invalidar sus actos en las situaciones referidas.

Si se propugnara lo contrario, habría que entender que el Presidente de la República, en los casos mencionados, es decir, cuando representados los decretos o resoluciones, y él convenga en la existencia de los vicios, tendría que accionar ante los tribunales para que se declare la nulidad. Tal posición sería lamentablemente imprudente, irrazonable y, por lo tanto, ilícita. ¿Para qué, entonces, el constituyente establece el examen de legalidad preventivo de los decretos y resoluciones?

3.3. Aplicación del Art. 6º, incisos 1º y 3º de la C.P. en los artículos 2º, 8º, 10º y 11º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

La ley referida al consagrar las disposiciones de los Arts. 2º, 8º, 10º y 11º, no ha hecho sino dar aplicación, determinada inteligencia, a lo dispuesto en el Artículo 6º, inciso 1º y 3º, de la Carta Política.

A este respecto, lo primero que corresponde ponderar es lo dispuesto en el Artículo 2º, el cual, además de reproducir, en lo substancial y referido a la Administración del Estado, las normas de los Arts. 6º inciso 1º y 7º inciso 2º, de la Ley Fundamental, es perentorio al prescribir en que el abuso y exceso de poder dará lugar a las acciones y recursos correspondientes. Los recursos son los administrativos y las acciones son las jurisdiccionales, según resulta claramente de lo prevenido en el Artículo 10º que emplea las expresiones en este entendido.

Adviértase la claridad de la norma que, al conjugar el deber de observar el principio de juridicidad por la Administración del Estado, Art. 6º, inciso 1º, con el requisito de competencia legal del Art. 7º, inciso 2º y con los medios para impugnar la infracción que se cometa por los órganos del Estado, confiere o determina una inteligencia y una aplicación de los preceptos de los Arts. 6º y 7º de la Carta Política en el sentido de que sea la propia Administración quien pueda revisar sus actos, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales. Además, la historia fidedigna del establecimiento de la norma mencionada se inclina por esta afirmación al expresar el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (único antecedente que contiene un comentario sobre el precepto): "Esta norma se refiere al principio de legalidad que rige la actividad de la Administración, en conformidad con los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, dejando claramente establecido los efectos perseguidos por este principio". ¿Qué deja establecido el precepto? Sin lugar a dudas, que debe acatarse el principio de juridicidad y que su transgresión en caso de abuso y exceso de poder dará lugar a recursos administrativos y a acciones judiciales.

En segundo lugar, el Art. 10º, que establece tanto el recurso gracioso o de reposición como el recurso jerárquico, ha previsto, a través de esos medio, la invalidación; vale decir, que ha facultado a la Administración del Estado para que deje sin efecto el acto que adolece de vicio frente al orden jurídico, y su fuente inmediata -la del Art. 9º- es la mencionada disposición constitucional.

De otra forma, la preceptiva del Artículo 9º no tendría razón de ser. Lo mismo dicho de otra forma, si tal precepto señala que "los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley" (estos recursos son actualmente de reposición y jerárquico), es porque la autoridad ante quien se impugnan puede acoger la reclamación mediante la declaración de nulidad de tales actos.

Es necesario, en tercer término, mencionar lo prevenido en los artículos 8º y 10º de la Ley Nº 18.575. En virtud de ellos, las autoridades y jefaturas, que deben actuar de oficio ejercerán un control jerárquico permanente respecto de la actuación de los órganos y funcionarios dependientes. Este control comprende, entre otros, el control de juridicidad y, por lo tanto, obliga a las jefaturas a revisar las acciones de sus colaboradores y si estas no se ajustaren a derecho tendrán que enmendarlas.

Al consignar estos artículos 2º, 8º, 10º y 11º, el legislador de la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575, da cabal cumplimiento al inciso 1º, como al inciso 3º, del Artículo 6º de la Ley Suprema.

Debe advertirse, finalmente, que ni la norma del Art. 6º de la Carta Política ni los preceptos consagrados en los arts. 2º, 8º, 10º y 11º de la Ley Nº 18.575, hacen distinción alguna respecto de si los actos impugnables son de contenido favorable o no para los particulares. Más aún, confirman este juicio, al establecer que el recurso de reposición procederá siempre y que el jerárquico solo ha de reconocer la limitación de la existencia del superior jerárquico.

3.4. El recurso de ilegalidad en materia municipal y de Gobiernos Regionales

El Alcalde y el Intendente, en su caso, frente a petición -etapa administrativa de anulación- pueden declarar inválido el acto⁵³. Si el Alcalde o el Intendente rechazaran el reclamo en forma expresa o por voluntad presunta, se da lugar a la etapa jurisdiccional propiamente y los Tribunales, Cortes de Apelaciones, pueden anular el acto o declarar la omisión ilegal⁵⁴. Este sistema se da en otros cuerpos normativos, como, por ejemplo, en el Art. 80 del decreto ley Nº 1.939 de 1977, que versa sobre la adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado. Dicho precepto, en su inciso 3º, legisla acerca del término inmediato del arrendamiento de bienes fiscales por incumplimiento del arrendatario; de cuya caducidad, ordenada administrativamente, el arrendatario puede reclamar ante la Dirección de Bienes Nacionales y ,en caso de rechazo, ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Las normas de los Arts. 154 y 156 del Estatuto Administrativo y del Municipal, leyes Nºs. 18.834 y 18.883 facultan a los funcionarios para reclamar, en determinado plazo, ante la Contraloría General de la República, de los vicios de legalidad que afectaren sus derechos. La Contraloría resolverá el reclamo, previa audiencia del servicio público respectivo, si la entidad contralora acoge el reclamo, no puede haber duda de la obligación de la Administración del Estado de invalidar el acto.

53 Arts. 140 de la Ley Nº 18.695 y 102 de la Ley Nº 19.175.

54 Arts. citados en el número anterior.

Por lo tanto, las disposiciones de los artículos 2º, 8º, 10º y 11º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, cuanto las consignadas en los artículos 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipios, N° 18.695, y 102 de la Ley Orgánica Constitucional de los Gobiernos Regionales, N° 19.175, son preceptos que deben estimarse ajustados a la Carta Política.

Esas preceptivas se encuentran ajustadas a lo dispuesto en el Artículo 6º, inciso 1º, de la Ley Fundamental, como ya se explicó. Es por esta razón, probablemente, que el Tribunal Constitucional al examinar, en el control preventivo, tales leyes orgánicas constitucionales no reparó, no representó las disposiciones mencionadas. De haber participado del criterio de la falta de facultades del Alcalde, del Intendente o de cualquier órgano administrativo para conocer y declarar la nulidad de sus actos, fundado en el Art. 73 de la Constitución Política, habría tenido necesariamente que objetar e impedir que tales preceptos se convirtieran en leyes. No es de extrañar el comportamiento del Tribunal mencionado, ya que las normas de la Carta Política deben entenderse sobre la base de un criterio armónico. Y más aún, cuando el Artículo 6º, por hallarse ubicado en la Constitución en el Título de las Bases de la Institucionalidad, sirve para ilustrar el sentido de otros preceptos, para llenar vacíos y para superar posibles contradicciones. Lo mismo dicho con otras palabras, los artículos 73 y 19 N° 24 de la Ley Fundamental, no pueden sobrepasar al Artículo 6º, sino que aquellos deben interpretarse a la luz de este.

Pretender que los órganos de la Administración del Estado no pueden invalidar sus actos por tales preceptos, significaría asimismo afirmar que las disposiciones citadas de las leyes orgánicas constitucionales mencionadas serían nulas y aún de pleno derecho por vicio de inconstitucionalidad, lo que, según se vio, resulta inaceptable.

3.5. La potestad reglamentaria del Presidente de la República comprende la facultad de invalidación de instrucciones, decretos y reglamentos

El Art. 32 N° 8 consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Dicho poder habilita al Primer Mandatario para dictar reglamentos, decretos e instrucciones. Ello conlleva también la facultad de dejarlos sin efecto. La razón o el motivo de la autoridad puede ser legal y aun por mérito. Cualquiera de esas concreciones proviene del ejercicio de dicho poder, conferido al Jefe de Estado expresamente y con facultad especial por la Carta Política. ¿Podría argumentarse seriamente que el Primer Mandatario no estaría en condiciones de dejar sin efecto los reglamentos? ¿Podría afirmarse que procedería la anulación de reglamentos y no la de los decretos e instrucciones? Tal respuesta sería necesariamente negativa, pues tal distinción sería del todo antojadiza y absurda.

En consecuencia, la potestad reglamentaria confiere atribuciones al Presidente de la República tanto para dictar los reglamentos, decretos, o instrucciones como asimismo para dejarlos sin efecto, sea por razones de merito sea por motivos legales.

Negar la facultad de invalidar a la Administración del Estado, a través de quien o quienes el Presidente de la República ejerce su función administrativa⁵⁵, es negar la atribución del Primer Mandatario de invalidar los reglamentos, decretos e instrucciones; es decir, es negar su potestad reglamentaria y dicha negativa vulnera la disposición del Art. 32 N° 8 de la Constitución Política.

55 Arts. 24 y 3° y 103 de la C.P. y 1° de la Ley N° 18.575.

CONCLUSIÓN

Hemos estudiado algunos aspectos de los conceptos fundamentales que rodean el quehacer propio de la función pública. Con estos principios generales de la política, se puede establecer que la función pública está sujeta a factores exógenos necesarios de estudiar y distinguir.

Intentamos ahora una aproximación pormenorizada de la función pública, a objeto de definir el perfil y rescatar este concepto de toda asociación que desvíe su atención e importancia. Advertimos al lector que habiendo realizado un análisis de los principios legales, procuramos, en esta parte, una aproximación al contenido ético.

Pensar en la función pública es abordar el Servicio Público en la Administración Municipal. Esta administración se justifica por su misión de satisfacer las necesidades sociales de esta comunidad organizada en un Estado de Derecho. Entenderemos la función pública como “aquella actividad que desarrolla la dotación humana de la Administración del Estado, para poner en funcionamiento el servicio público”. Un concepto orgánico establece que son Servicios Públicos el conjunto de instituciones y organismos que integran la administración del Estado, los cuales se crean para satisfacer determinados fines o necesidades. Aquí se aprecia la totalidad de los órganos estatales.

Un criterio funcional de servicio público indica que es un cuerpo material, que atiende no a la calidad del órgano, sino a la actividad que se realiza. Se concibe al servicio público como una actividad que persigue un fin de interés general, ya sea por un órgano del Estado, por personas privadas, naturales o jurídicas. Este es el criterio que se aplica dentro del Derecho Público contemporáneo.

La división de la función pública constituye una de las bases orgánicas de la Administración del Estado, que radica su fundamento en la naturaleza distinta de las necesidades públicas que han de satisfacer mediante los procedimientos de Derecho Público, como en la convicción de que es imprescindible para que el Estado realice su misión de manera más eficiente, eficaz y coordinada. Por esta razón, es necesario que las diversas funciones se encuentren divididas y entregadas a órganos de distinta jerarquía⁵⁶.

Siguiendo a Silva C. y, respecto a la probidad administrativa, los órganos del Estado y las personas naturales que por ellos actúan, vale decir, los funcionarios, no pueden actuar sin ajustar rigurosamente sus actos a las normas más básicas de probidad.

56 Cf. Silva C., Enrique: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Jurídica, Santiago, 1979.

Probidad significa bondad, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el obrar. Se asimila a moralidad.

Por lo tanto, la probidad administrativa no es otra cosa que la rectitud y moralidad con que debe ejercerse la función pública. Lo anterior se desprende, si asumimos que la Administración del Estado es la depositaria de la confianza de la comunidad social.

Recordemos que todos nosotros nos sacrificamos en la mantención de los servicios públicos y estos, a su vez, están pensados para resguardar, beneficiar y atender a las necesidades sociales.

Los capítulos dedicados al Estatuto Administrativo establecen las Responsabilidades Administrativas para el empleado que ha infringido sus obligaciones o deberes funcionarios. Estas responsabilidades se acreditan a través de un sumario administrativo o de una investigación sumaria ya estudiada. Recordemos que el ordenamiento práctico de la sociedad, exigido por el bien común en beneficio de la persona humana, supone un agente ordenador: el Estado; y, más precisamente, principios reguladores de su estatuto administrativo y funciones propias: la autoridad, la ley o legalidad y el principio de subsidiariedad. En cada oportunidad que podemos, olvidamos que el Estado es una parte de la sociedad política, de modo que no debemos confundirnos con el todo ni concebirlo separado de él; es su parte más jerárquica, el área funcional encargada de los intereses del todo. Solo a modo de repaso: al Estado corresponde promover la instalación en el pueblo del bien común, es, al mismo tiempo, el administrador de la "cosa pública" y la instancia que orienta y promueve la sociedad.

En todas sus funciones y en su estatuto propio, es responsable del bien común; el Estado es esencialmente servidor. Sentencias irredargüibles son que las funciones del Estado están al servicio del cuerpo político y no al revés. El Estado es para la comunidad y por ningún título esta sociedad organizada es para el Estado. Este rol subsidiario del Estado (suficientemente regulado en la Constitución Política de la República de 1980), encuentra su fundamentación doctrinal en las filosofías de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino, que Montesquieu, en "El Espíritu de las Leyes" (1734-1748), enunció señalando: "El pueblo, que tiene el poder soberano, debe hacer por sí mismo todo lo que pueda hacer bien y hacer a través de sus delegados "ministros" lo que no puede hacer convenientemente"⁵⁷). La función pública, entonces, se ocupa del bien común y se centra fundamentalmente en el aparato del Estado; ejerce función pública el funcionario público: empleado del Estado que atiende o presta servicios en un órgano del Estado.

Por esta razón, Aylwin precisa que el desafío ético de las sociedades actuales, en el umbral del tercer milenio de la era cristiana, es el de escoger entre la cultura del "ser" o la cultura del "tener", señala: "la esencia de la ética, en materia de función pública, es el principio del bien común, al todo y a las partes, que no es la

57 Cf. Carta e Mons. Dell'Aqua al P.Genelli, Rector Universidad Católica de Milán, 22 de agosto, 1957.

simple aplicación de una visión estatista, que sacrifica los derechos de las personas en aras de la totalidad del Estado, concepción totalitaria que se expresó en el fascismo, en el nazismo y también en el comunismo, sino que busca el bien colectivo, el bien de la comunidad, respetando el bien de las personas que forman esa comunidad, bien expresado fundamentalmente en la noción -que aquí se ha recordado- de los derechos humanos". Luego agrega: "El bien común no se construye sobre el sacrificio de los derechos esenciales de la persona humana. El Estado, como órgano del bien colectivo, debe ser el primer guardián de los derechos de las personas". En el fondo, el bien común consiste en asegurar para todos la plena vigencia de los derechos políticos, sociales y económicos que enuncia, como grandes anhelos y como derechos inviolables, la Declaración Universal de Derechos. Aylwin concluye: "Creo que el gran desafío a que estamos abocados los pueblos en el inicio del tercer milenio de la era cristiana es escoger entre la civilización del egoísmo o la civilización de la justicia y la solidaridad. Cuando hablamos de ética en la vida, tenemos que ser exigentes y no podemos contentarnos con la mediocridad. Será moral una sociedad en la medida en que viva los valores éticos que señalamos al comienzo y esa vivencia se expresa, fundamentalmente, en la disposición a servir al otro, en la disposición a ser generoso, a buscar el bien común antes que el individual"⁵⁸.

En un sistema político democrático, en un Estado de Derecho, el principal enemigo es la corrupción o la ausencia de probidad en el ejercicio del desempeño como funcionario municipal. Afortunadamente, la presencia del libre ejercicio de los medios de comunicación dificulta la corrupción pública y facilita el conocimiento de los hechos por parte de la opinión pública, lo que constituye una forma de denunciar a los deshonestos y exponerlos al repudio social.

Una segunda conclusión ética se advierte en que el efecto de la corrupción en la esfera pública es la desconfianza sistemática ante el servicio público, lo que redonda en un costo negativo de credibilidad social. La desviación de recursos económicos, materiales y el desprestigio de la institución, sufrida injustamente por la gran mayoría de honestos y abnegados servidores públicos, es el mayor problema de la corrupción.

Finalmente, la falta de servicio en la administración pública hace del Estado una instancia social inoperante, fraudulenta, que obliga a las personas a prescindir de la institución y del Estado. Así, en el terreno práctico, las víctimas de delitos no denuncian ante los tribunales, el requirente no reclama en el Servicio Público y no vemos razón para pagar los impuestos, aranceles y, menos aún, para cumplir nuestras obligaciones y cargas públicas.

La falta de servicio tiene una relación directa con el poder, puesto que solo desde una situación de poder se tiene el lujo de recurrir a la corrupción o a una administración eficiente en beneficio de los administrados. El poder permite

58 Vs. Aylwin A., Patricio: *Ética en la abogacía y en la función pública*. Conferencia de inauguración del año académico de la Escuela de Derecho, Universidad de Talca, 1999

ocultar o imponer una actuación concreta, aunque dicha actuación no corresponda con un marco legal. Aún más, el poder tiene una capacidad adquisitiva financiera o de favores, que abre muchas puertas que, de otra manera, estarían cerradas. El dicho que establece una relación entre el poder y la corrupción (“el poder corrompe”) tiene su sabiduría en la observación de la realidad. Esto no quiere decir que necesariamente existe una relación entre poder y corrupción, pero sí señala que toda situación de poder es sumamente vulnerable a la corrupción por la posibilidad real de ejercerla.

Si la esfera pública y el poder constituyen dos referentes importantes en la realidad, entonces se llega a la conclusión de que los que más pueden aprovecharse son aquellos que menos son castigables. Para este libro se revisaron 5 años de la revista *Gaceta Jurídica* que publica las sentencias y jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República. En cinco años, sólo un caso de sanción por falta de Probidad Administrativa; Año 1996, N° 195, p. 203, se refiere a un caso de libertad de una actividad comercial y probidad. Otros dictámenes en que la Contraloría General de la República precisa el concepto de “probidad administrativa” son: N° 29.440/95 N° 21.268/83, N° 29.759/83, N° 10.810/83, N° 307/80, N° 17.430/80, N° 56.239/79, y N° 41653/73, todos de la Contraloría General de la República, uniforme en el criterio en orden a precisar el concepto Probidad Administrativa ya estudiado⁵⁹.

59 Vs. para este tema a Mifsud, Tony: *Propuestas éticas hacia el siglo XXI*, San Pablo, Santiago, 1993, p.150. Perspectivas muy interesantes con los autores y obras que se indican: Etkin, R, Jorge en: *La doble moral de las organizaciones*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, *Viabilidad de las Organizaciones. Formas de sobrevivir y Crecer en medios inciertos*, Macchi, Bs. As, 1994 y en *Burocracia en Corporaciones Bíblicas*, Macchi, Madrid, 1986, Vs A Klitgaard, R.: en *Controlando la corrupción*, California Press, Los Ángeles, 1988, junto con la interesante perspectiva de: Popper, K, en *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Paidós, Barcelona, 1989, que lo fundamental coinciden con; Eco U. Y Bonnazi M.G. En: *Las Verdades que Mienten*, T. Contemporáneo, Bs. As, 1994. Desde luego, para profundizar estos temas, que sin duda aportan a su formación como funcionario de la Municipalidad a que se encuentra adscrito, le recomiendo: Bogdanor, Vernon en su *Diccionario de Instituciones Políticas*, Alianza, Madrid, 1991, p. 181, en referencias a las obras de; Clarke, M. en: *Corrupción, Causas, Consecuencias y Control*, Prindes, Londres, 1983, o la obra de: Heidenheimer, A. En: *La Corrupción Política; Realidades y Análisis Comparativo*, Holt, N. York, 1970, y Scott, J. *Corrupción Política Comparativa*, Prentice-Hall, N. York, 1972, entre otros clásicos de la escuela del análisis sistémico Vs Haro T.; E: *Diccionario Político*, Planeta, Barcelona, 1995, p.153. Eduardo Haro T., es escritor, periodista y crítico teatral. Recibió el Premio Internacional de Periodismo Derechos Humanos, entre otros, en España. Del tema que nos ocupa véase del autor. *Una frustración: los Derechos del Hombre* (1971), *Sociedad y terror*, (1975), *Diccionario del Demócrata* (1977) y *Las Revoluciones Imaginarias* (1988).

UNIDAD 4:

Estudios y Análisis de Casos



DESARROLLO TEMÁTICO

1. Consideraciones preliminares

En el desarrollo de este Texto de Derecho Administrativo, con especial dedicación al contenido de la legislación que rige la gestión de los funcionarios que laboran en la Municipalidades de nuestro país, usted habrá concluido, entre otras materias, que aprender *es una tarea intelectual que requiere múltiples capacidades y, la más obvia, es que quien aprende debe ser persistente, disciplinado, ordenado y procurar retener lo que se explica en el texto y las clases.*

No obstante, hoy día sabemos que eso no basta y por ello hay un interés creciente por conocer de qué manera es posible entregar, además de la disciplina, ciertas condiciones que permitan un proceso de aprendizaje enriquecido que abarque otras habilidades y competencias actualmente básicas en la sociedad.

En este contexto, las habilidades para resolver problemas y trabajar en equipo, entre otras, son altamente valoradas y su adquisición pasa necesariamente por la aplicación del método. Si bien esto es conocido desde hace mucho tiempo como técnica didáctica, a la luz de la perspectiva constructivista adquiere nuevos matices.

En efecto, el enfoque que se ha tenido en cuenta para diseñar estos ejercicios de aplicación, tiene varias finalidades en lo que concierne a los aspectos cognitivos, afectivos y cooperativos, las cuales se pueden resumir como sigue:

1° ESTIMULAR EL DESARROLLO DE UN ENFOQUE REFLEXIVO DE PROBLEMAS. Un enfoque reflexivo de problemas -como el propuesto en las páginas que siguen- lleva a elaborar un juicio o a encontrar una solución ejerciendo un análisis crítico, el cual se apoya en el desarrollo de un cierto número de actitudes, tales como:

- el deseo de ir al fondo de las cosas;
- la empatía intelectual;
- el valor científico de abordar de una nueva manera ciertos puntos de vista, ideas o creencias;
- la honestidad que permite tomar en consideración los otros puntos de vista.

El análisis crítico requiere de conocimientos y de capacidades, pero es fundamentalmente una manera de ser y un deseo de involucrarse en buscar nuevas soluciones.

2° FAVORECER LA TOMA DE CONCIENCIA DEL CARÁCTER CONSTRUCTIVO DE UN PROBLEMA. Un problema no existe si no es percibido como tal por un grupo de personas. El enfoque constructivista favorece la toma de

conciencia de múltiples puntos de vista y de soluciones posibles a un problema. El estudio de casos y el aprendizaje por problemas permiten particularmente la confrontación de puntos de vista y conducen a los estudiantes a tomar conciencia de sus propias creencias y de su egocentrismo; ellos aprenden de esta manera a no confundir su propia percepción de las cosas con la realidad; permite a los estudiantes iniciarse en el análisis y la acción en las situaciones complejas

El análisis crítico supone la toma de conciencia de la naturaleza compleja de la mayoría de los problemas de la vida cotidiana. Más que buscar el principio correcto para ser aplicado a cada situación, los estudiantes toman conciencia de múltiples conceptos y principios, a veces opuestos, pero que pueden ser aplicados a una misma situación (aspectos económicos y éticos, por ejemplo).

- 3° FAVORECER LA INTEGRACIÓN Y LA TRANSFERENCIA DE LOS APRENDIZAJES. Al momento de emprender en equipo el análisis de una situación problemática, los estudiantes son llamados tanto a considerar y evaluar sus conocimientos anteriores y su experiencia, como también sus sentimientos, actitudes y valores. Esto favorece una integración más profunda de los componentes afectivos, cognitivos y la aplicación de los aprendizajes. De esta manera, dichos conocimientos, generalmente disgregados, son utilizados de manera activa en una situación contextualizada y compleja, lo que les ayuda a transferir los nuevos conocimientos a situaciones nuevas.

Favorecer el compromiso de los estudiantes y una toma de conciencia de sus actitudes cuando, en un problema, se involucra a los funcionarios públicos a través de preguntas que los ponen a ellos como responsables de llegar a las respuestas, se comprometen activamente en la discusión y se forman rápidamente una opinión.

- 4° FAVORECER EL DESARROLLO DE HABILIDADES INTERPERSONALES. El enfoque constructivista contribuye, de manera global, al desarrollo de la capacidad de trabajar en equipo, permitiendo a los estudiantes tomar conciencia de sus comportamientos, así como de los valores en juego en las discusiones. Además, estimula a modificar sus actitudes, a poner en tela de juicio sus valores personales y a ser más abiertos frente a las ideas de los otros. Gracias a estas interacciones este enfoque favorece el desarrollo de habilidades de comunicación.

- 5° FAVORECER LA CREACIÓN DE UNA COMUNIDAD DE APRENDICES. Este enfoque hace resaltar la necesidad de asumir en conjunto la tarea de resolución de problemas, lo que lleva a los estudiantes no solamente a tomar la responsabilidad de su propio aprendizaje, sino también a contribuir significativamente al aprendizaje de sus pares. De acuerdo a este enfoque, la ayuda aportada por los pares, tanto en lo que concierne a los conocimientos y las estrategias cognitivas, así como el apoyo afectivo,

contribuyen al cumplimiento de una tarea que sería imposible que un estudiante pudiera realizar solo.

El estudio de casos y al aprendizaje por problemas que propongo, se sustenta en los siguientes principios que deseo compartir con usted:

- Los aprendizajes son acumulativos, lo que quiere decir que los conceptos son introducidos en forma voluntaria y reiterativa a través de diversos temas.
- Las diversas disciplinas asociadas a un problema en estudio y generalmente tratadas en forma separada, son abordadas conjuntamente con el objetivo de resolver un problema, facilitando así la integración de las materias.
- El grado de dificultad de las situaciones-problemas considera la madurez intelectual de los estudiantes y de sus competencias.
- La confianza y el respeto en las capacidades de los estudiantes deben reflejarse a lo largo de todo el proceso. Esto se verifica en el tipo de recursos que se les provee, las actividades, las personas que interactúan con ellos y las formas evaluativas que les son propuestas.
- Los conocimientos iniciales son activados, pues los estudiantes deben basarse en ellos para efectuar los nuevos aprendizajes.
- A través de la solución de problemas, los estudiantes tienen varias oportunidades para aplicar sus nuevos conocimientos, lo que favorece su integración al conocimiento anterior.
- Además, los nuevos saberes se elaboran en contextos similares a aquellos en que serán posteriormente utilizados, facilitando con ello la transferencia. al desarrollo conjunto de nuevas representaciones (nuevos conceptos) y de competencias de acción (saber procedimental) en procesos reflexivos (toma de conciencia del pensamiento y acciones) y críticos (evaluación sobre la base de criterios) frente a la comprensión o la resolución de un problema.

2. Procedimiento para analizar los casos propuestos

La comprensión del problema legal. Normalmente nos quedamos en los hechos anecdóticos y omitimos el enfoque legal. En esta oportunidad le sugiero concentrar su atención al efecto legal del caso.

Su resolución a partir de las habilidades de razonamiento y la identificación de los aprendizajes necesarios. Por lo tanto consulte los cuerpos legales ya estudiados; E.A., LOCM, LOCFM, CPR, entre otros.

La aplicación del nuevo conocimiento al problema. Aproveche su experiencia como funcionario de la municipalidad, consulte a expertos, comente las posibles soluciones antes de leer la solución del problema.

Para estos casos se tomaron como referencia los dictámenes de la CGR que se indican en cada uno de ellos, de modo que son situaciones reales que afectan a nuestra Administración Pública. Los resultados, al final de la Unidad.

3. Análisis de casos

3.1. Caso N° 1: Alcalde que actúa como ministro de fe en la asamblea constitutiva de una organización comunitaria

El Secretario Municipal de la Municipalidad de San Pedro de Melipilla solicitó un pronunciamiento a la CGR acerca de si procede registrar una organización comunitaria funcional, en cuya asamblea constitutiva actuó como ministro de fe el Alcalde de ese municipio.

Como cuestión previa, cabe señalar que según lo dispone, en síntesis, el Artículo 6° la ley N° 19.418, Sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto N° 58, de 1997, del Ministerio del Interior, para los efectos de ese ordenamiento las municipalidades llevarán un registro público, en el que se inscribirán las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias que se constituyan en su territorio.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el Artículo 7°, inciso primero, de la ley N° 19.418 prescribe que la constitución de cada organización comunitaria será acordada por los interesados que cumplan con los requisitos que establece esa ley, «en asamblea que se celebrará ante un funcionario municipal designado para tal efecto por el alcalde, ante un oficial del Registro Civil o un Notario, todo ello a elección de la organización comunitaria en formación»⁶⁰.

3.2. Caso N° 2: Alcalde acusado de delito que merece pena aflictiva

Mediante sus Oficios N°s 9.644 y 9.792, de 2007, la Contraloría Regional de Los Lagos ha remitido a esta Sede Central una presentación del Honorable Diputado Claudio Alvarado Andrade mediante la cual denuncia un eventual incumplimiento de la Constitución y las leyes en la Municipalidad de Ancud, ya que el alcalde de ese municipio se encontraría acusado por el delito de cohecho,

60 Fuentes legales: Dictámenes 3.217/7, 12.272/02, 29.989/02, L.19.418, Art.8°

por lo que debería procederse a su reemplazo, sin que a la fecha tal circunstancia haya acontecido⁶¹.

3.3. Caso N° 3: Municipio que se opone a la constitución de organizaciones comunitarias y limita el otorgamiento de personalidad jurídica

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Municipalidad de María Pinto, solicitando un pronunciamiento que determine si procede limitar el otorgamiento de personalidad jurídica solicitada por comités de vivienda que pretenden constituirse al amparo de la Ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 58, de 1997, del Ministerio del Interior.

Lo anterior, habida consideración de que empresas consultoras estarían patrocinando la formación de nuevos comités de vivienda en localidades que carecen de los servicios básicos -red eléctrica, alcantarillado, agua potable-, generando falsas expectativas en la comunidad⁶².

3.4. Caso N° 4: Accidente que afecte a dirigente de una asociación de personal municipal durante sus días libres

Se ha dirigido a la Contraloría General, la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile, solicitando la reconsideración del dictamen N° 21.355, de 2004, que determinó que los accidentes que sufra un dirigente de una asociación de empleados en el desarrollo de sus actividades gremiales durante sus días libres, no constituyen accidentes del trabajo al tenor de lo dispuesto en la ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Solicitado su informe, la Superintendencia de Seguridad Social, manifiesta en oficio N° 45.061, de 2007, que en tanto medie un nexo de causalidad entre la dolencia causante de la incapacidad o muerte y el desarrollo de las actividades que en su condición de dirigente gremial realice quien la sufra -supuesto que debe verificarse caso a caso- el siniestro de que se trate, aún cuando ocurra fuera de la jornada ordinaria de trabajo, quedará afecto a la protección del seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales⁶³.

61 Fuentes legales: N° 52.001 Fecha: 16-XI-2007, L. 18.695, Art.61, Art. 16 CPR, Art. 248 b), CPP, Art.248 bis CP, Art. 37 CP.

62 Fuentes legales: Dictámenes: N° 17.921 /07,22.519/08 N° 15 Art. 19 CPR,Art. 58 k) L. 18.883.

63 Fuentes legales: D. N° 22.519 /08, Art. 1° L. 19.345, L.16.744, DS. 101/68 Min.Trbjo.,Art.9°, D.N° 21.355/04.

3.5. Caso N° 5: Municipalidad desea construir un centro de salud familiar en un terreno privado perteneciente a conjunto habitacional respecto del cual el municipio es copropietario

El alcalde de la Municipalidad de La Reina solicitó a la Contraloría General un pronunciamiento que determine si resulta procedente la construcción de un «Centro de Salud Familiar» en un terreno de propiedad privada perteneciente al Conjunto Habitacional que individualiza, respecto del cual el municipio es copropietario.

Agregó la autoridad edilicia que para el financiamiento del referido proyecto de construcción, se ha postulado al Fondo Nacional de Desarrollo Regional, por lo que en caso ser aprobado estima que resultaría procedente la inversión en ese terreno, considerando que los fondos fiscales aparecen debidamente resguardados y el proyecto es concordante con las finalidades municipales, como es la de beneficiar a la comunidad toda y mejorar su calidad de vida.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien, como se indica en la presentación, esta Contraloría General ha manifestado que, en principio, las municipalidades no pueden ejecutar obras o efectuar inversiones con cargo a fondos públicos en terrenos o bienes de particulares, ya que ello implicaría aplicar dichos fondos en beneficio de intereses privados, ha reconocido, sin embargo, en su jurisprudencia administrativa, la posibilidad que se destinen recursos públicos a la realización de obras en tales bienes, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de las finalidades de las municipalidades y se resguarden debidamente los intereses municipales (aplica criterio contenido en el dictamen N° 34.727, de 2003)⁶⁴.

3.6. Caso N° 6: Municipalidad entrega a una empresa privada de atención dental, funciones odontológicas en el marco del programa de resolutiveidad en atención primaria del Ministerio de Salud

La Asociación de Funcionarios de Salud de la Municipalidad de Santiago, solicitó a la Contraloría General un pronunciamiento acerca de si resulta procedente que, en el año 2006, la municipalidad haya entregado a una empresa privada de atención dental, las funciones odontológicas que señala.

Requerido informe a la Municipalidad de Santiago, ésta lo ha remitido a través de su oficio N° 2.530, de 2006, en el cual expresa, en síntesis, que desde el año 2000 ha entregado a empresas privadas externas la ejecución de parte del programa odontológico que indica; que dichos programas se llevan a cabo

64 Fuentes Legales: Dictamen: N° 33.525/07, Art.3° letra c) y 4° L. 18.695, L.19.537.

conforme a convenios que el Ministerio de Salud, a través del Servicio de Salud Metropolitano Occidente, ha celebrado anualmente con ese municipio y, que esos convenios consideran tanto el traspaso de fondos para la realización del programa como también la posibilidad de ejecutarlo en forma directa por el municipio o por medio de terceros.

Agrega que, en el marco de ese programa, ha optado por la modalidad de ejecución por medio de terceros, manteniendo ese municipio las funciones de administración de cupos para la atención dental, de estadística de las atenciones realizadas, de control de las acciones ejecutadas por la empresa externa y de administración de los fondos de los programas, como es el cálculo y cancelación de las prestaciones.

Añade el municipio por último, que la atención otorgada por la empresa contratada es complementaria a las funciones de salud -específicamente odontológicas- que desarrolla la municipalidad con sus profesionales, en instalaciones propias para la atención directa al usuario⁶⁵.

3.7. Caso N° 7: Municipalidad contra un abogado infractor

A la Contraloría Regional de Coquimbo se le ha solicitado un pronunciamiento que precise cuál sería el procedimiento que debe seguirse para aplicar las sanciones previstas en el Artículo 61 de la ley N° 20.000, en el caso de un abogado contratado a honorarios por una municipalidad y que habría vulnerado alguna de las prohibiciones impuestas en dicho precepto.

Sobre el particular, cabe hacer presente que de conformidad con lo prescrito en el inciso primero del Artículo 61 de la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, «los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley».

A su vez, en el inciso segundo del citado precepto legal, se prevé que «si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato»⁶⁶.

65 Fuentes Legales: Dictámenes Nos. 21.408 /07, 52.088/07, Res.Minsal N° 351/06, N° 159/06.

66 Fuentes Legales: Dictámenes: Nos. 34.319/07, 52.088 /07, L. 18.575 Art. 1°, Art. 124 L. 18.883 EAFM, Art 61 L.20.000.

3.8. Caso N° 8: Cómputo del plazo para entender practicada la notificación por carta certificada, según el Artículo 46 de la Ley N° 19.880

La Directora del Instituto de Salud Pública ha solicitado a la Contraloría General la reconsideración del dictamen N° 31.277, de 5 de julio de 2006, emitido a solicitud del Ministerio de -Salud, por medio del cual se resolvió acerca de la forma en que debe computarse el plazo para entender practicada la notificación por carta certificada, materia regulada en el inciso 2° del Artículo 46 de la Ley N° 19.880.

En esa oportunidad se estableció que el plazo de tres días a cuyo vencimiento se entiende practicada la notificación de que se trate, el que se cuenta desde la recepción de la carta en la oficina de Correos que corresponda, debe considerar como fecha de tal recepción la que se haya estampado en la misma carta por esa oficina. Para arribar a esta conclusión se sostuvo que la data que se consigna en la carta es la única fecha de «recepción en la oficina de Correos» que conoce el notificado al momento de recibirla y que no resultaba procedente exigirle conocer la fecha consignada en el comprobante de envío que la oficina de Correos entrega al remitente de la carta.

Al fundamentar su solicitud de reconsideración, el Instituto de Salud Pública sostiene que el asunto que aquí se examina no constituye una cuestión de derecho, puesto que no está en duda desde cuándo debe contarse el plazo de tres días a partir del cual se entiende practicada la notificación de que se trata -en la especie, desde la recepción de la carta en la oficina de Correos correspondiente-, sino que consiste en una cuestión de hecho, referida a la determinación de la fecha en que tal recepción ha ocurrido, circunstancia acreditable por los medios de prueba que establece la ley.

Agrega que la fecha que la oficina de Correos consigna en la carta no es necesariamente la de su recepción, puesto que el timbre que la estampó sólo indica una fecha, pero no la circunstancia a que corresponde esa data, existiendo varias alternativas distintas a la de la recepción.

Por otro lado, el organismo solicitante señala que la determinación de la fecha de recepción de la carta en la oficina de correos bien puede acreditarse, entre otras formas, a través del seguimiento de envíos, disponible en el sitio web de la Empresa de Correos de Chile; concurriendo a una oficina de la misma empresa para requerir la entrega de la información sobre el envío o consultando en la Oficina de Partes del Instituto de Salud Pública, acerca de la fecha en la que se recibió la carta por la oficina de Correos.

Enseguida formula algunas consideraciones, comparando la notificación por carta certificada y las notificaciones por el estado diario de los procedimientos judiciales, y acompaña dos sentencias de tribunales ordinarios que se refirieron al asunto que se examina. Finalmente, dado que esta forma de notificación constituye una presunción simplemente legal, el organismo solicitante reconoce

el derecho que le asiste al afectado en el sentido de acreditar que la fecha efectiva de la notificación es distinta de aquella que se deduce de la presunción.

Por su parte, mediante Ord. N° A15/3295, de 2006, la Subsecretaría de Salud Pública estima atendibles las consideraciones expuestas por el Instituto de Salud Pública, subrayando la necesidad de contar con un pronunciamiento concreto sobre la materia para efectos de determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que se interponen en contra de los organismos del sector salud⁶⁷.

3.9. Caso N° 9: Sobre el derecho que tienen los funcionarios municipales al bono especial de retiro contemplado en la Ley N° 20212

Se han dirigido a la Contraloría General el Alcalde de la Municipalidad de Peñaflor y funcionaria de la Municipalidad de Lo Barnechea, a fin de solicitar un pronunciamiento que determine si los funcionarios municipales tienen derecho al bono especial de retiro establecido en el Artículo sexto transitorio de la ley N° 20.212.

A su vez, funcionaria de la Dirección del Trabajo y funcionaria del Servicio Nacional de Menores, consultan respecto a si los años trabajados en una municipalidad son útiles para completar los 20 años de servicios exigidos por la citada ley para percibir el bono de que se trata⁶⁸.

3.10.Caso N° 10: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135⁶⁹

La Municipalidad de Maipú ha solicitado a la Contraloría General un pronunciamiento que precise si en el cálculo de las bonificaciones por retiro voluntario para funcionarios municipales previstas en la ley N° 20.135, deben considerarse los montos enterados por concepto de horas extraordinarias.

Por su parte, la Asociación de Funcionarios de la Municipalidad de Maipú también ha requerido un pronunciamiento sobre la materia planteada, toda vez que, según expone, a raíz de discrepancias existentes al interior del municipio, actualmente se estarían desconociendo los emolumentos derivados de horas extraordinarias para los efectos del cálculo de las referidas bonificaciones.

67 Fuentes Legales: Dictamen: Nos. 34.319 /07, 31.277/06,70.003/77,20.034/92,Art.51 L.19.880,Art. 3° y 8°, L.18.575,L.10.336, Art.22 CC.

68 Fuentes Legales: Dictamen: N° 2.622 /08, L.20.212,L.18.593,L.18.575.

69 Comparar con Caso 15.

Como cuestión previa, cabe señalar que la ley N° 20.135 -publicada en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 2006- estableció una bonificación por retiro voluntario en favor de los funcionarios municipales que, cumpliendo con los requisitos de edad que menciona, cesen por aceptación de renuncia voluntaria en relación con el respectivo cargo municipal, dentro del período que indica.

A su vez, de conformidad con el inciso primero del Artículo 2° del referido texto legal, «la bonificación por retiro voluntario será el equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio o fracción superior a seis meses prestados por el funcionario en la administración municipal, con un máximo de seis meses».

El inciso tercero, por su parte, añade que «la remuneración que servirá de base para el cálculo de las bonificaciones será el promedio de las remuneraciones mensuales de los últimos 12 meses inmediatamente anteriores al cese de funciones del funcionario, actualizadas según el índice de precios al consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadística».

Como es posible advertir, los estipendios que se consideran en el cálculo de la bonificación de que se trata son las remuneraciones mensuales del beneficiario en los términos que indica la norma, por lo que, a fin de resolver la consulta planteada es necesario dilucidar si los emolumentos percibidos por concepto de horas extraordinarias constituyen remuneraciones.

En tales condiciones, es del caso recordar que, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 5°, letra d), de la ley N° 18.883 -Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales-, por «remuneración» debe entenderse cualquier contraprestación en dinero que el funcionario tenga derecho a percibir en razón de su empleo o función, como, por ejemplo, sueldo, asignación municipal, asignación de zona y otras.

Según se aprecia, la citada norma consagra una noción amplia de «remuneración», enunciando sólo a modo ejemplar algunos de los emolumentos que comprende ese concepto⁷⁰.

3.11.Caso N° 11: Se refiere al pago de la asignación de mejoramiento de la gestión municipal respecto de exfuncionarios municipales regidos por el código del trabajo

Se ha dirigido a la Contraloría General don J.T., solicitando un pronunciamiento acerca de la procedencia del pago de la asignación de mejoramiento de la gestión municipal respecto de exfuncionarios de la Municipalidad de Santiago, regidos por el Código del Trabajo, cuyo término de la relación laboral se habría producido en octubre de 2005, para algunos, y en febrero de 2006, para otros.

70 Fuentes Legales: Dictamen N° 179 /08, Art.63 y 97 c) L. 18.883, L.20.135.

Requerido el municipio, este ha informado acerca de la situación planteada a través del oficio ord. N° 268, de 2007, manifestando, en síntesis, que a -los funcionarios que dejaron de pertenecer al servicio el 1 de febrero de 2006, solo les correspondió percibir el pago proporcional de la asignación referida.

Sobre el particular y partiendo de la base -acorde con la jurisprudencia administrativa, contenida, entre otros; en el dictamen N° 5.646, de 2007-, que en la especie se ha pactado un beneficio como el descrito, cumple manifestar que la ley N° 20.008 -que resulta aplicable en la especie, atendidas las fechas de las asignaciones de que se trata- renovó la vigencia de la ley N° 19.803 desde el 1° de enero de 2005 y hasta el 31 de diciembre de 2007, por lo que el tenor de las disposiciones contenidas en la ley N° 19.803 debe entenderse reproducido en lo pertinente tratándose de la aplicación de la ley N° 20.008⁷¹.

3.12.Caso N° 12: De la procedencia de considerar, para el cómputo de licencias médicas que permiten aplicar la declaración de vacancia por salud incompatible, aquellas que se han originado en una enfermedad laboral

Se ha dirigido la Contraloría General, un cirujano dentista, exdependiente de la Municipalidad de Padre Hurtado, solicitando, por las razones que indica, se disponga que ese Municipio deje sin efecto el decreto N° 1.893, de 2005 -mediante el cual se puso término a su relación laboral por salud incompatible con el desempeño de su cargo-, y por ende, se la reincorpore a la plaza que servía, con derecho al pago de las remuneraciones y demás beneficios que dejó de percibir desde la fecha de su desvinculación. Además, requiere se le otorgue puntaje por las actividades de capacitación a las cuales no asistió por haber cesado en su desempeño.

Sobre el particular, dable es señalar que de conformidad con los antecedentes tenidos a la vista, consta que por oficio Ord. N° 55,327, de 27 de octubre de 2006, emitido por la Superintendencia de Seguridad Social -cuya fotocopia se remite para su conocimiento-, dicho Organismo Fiscalizador acogió una solicitud de reconsideración de la recurrente, declarando que la patología psiquiátrica y osteomuscular que motivó las licencias que detalla, por un total de 150 días, es de origen laboral y que, en razón de ello, procede que la Mutualidad respectiva le otorgue las prestaciones médicas y económicas correspondientes, de acuerdo a lo dispuesto en la ley N° 16.744⁷².

71 Fuentes Legales: Dictamen: N° 25.326 /07, Art. 1° N° 4 L.20.008, Art.1° L. 19.803, Art. 2° transitorio L. 19.803.

72 Fuentes Legales: Dictamen: N° 11.626 /07, Art. 148 inc. 2°, L.18.883.

3.13.Caso N° 13: Sobre el cumplimiento de obligaciones estatutarias de funcionaria municipal que se desempeñaba simultáneamente, como jueza subrogante de policía local

Se ha dirigido a la Contraloría General la Municipalidad de Peñaflores, solicitando un pronunciamiento acerca de si resulta procedente que una funcionaria de planta de su dependencia, señora PP no cumpla cabalmente su jornada laboral por tener que asumir como subrogante de la Jueza titular del Juzgado de Letras de Peñaflores, en desmedro de las funciones que ejerce en la municipalidad y manteniendo su remuneración por los días que no son trabajados en el municipio, y si es necesaria la tramitación de autorizaciones formales para ausentarse de su trabajo habitual.

Sobre el particular, cabe señalar, en forma previa, que de acuerdo a lo expresado en la aludida presentación, las referidas funciones en calidad de Jueza subrogante se realizan en cumplimiento de una designación dispuesta por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en conformidad con las normas que sobre la materia establece el Código Orgánico de Tribunales⁷³.

3.14.Caso N° 14: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos⁷⁴

El Alcalde de la Municipalidad de San Ramón, solicita a la Contraloría General un pronunciamiento que determine si el pago de viáticos a un funcionario que se desempeña en un cargo en calidad de suplente, debe realizarse en consideración a la remuneración que percibe en dicha condición o de acuerdo a la que corresponde al cargo de que es titular.

Sobre el particular, cumple señalar, en primer término, que la normativa que rige en la especie se encuentra contenida en el decreto con fuerza de ley N° 262, de 1977, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de Viáticos para el Personal de la Administración Pública, puesto que su Artículo 2° hace aplicable el sistema establecido en sus disposiciones, en los más amplios términos, a todos los trabajadores del sector público, incluidas las municipalidades. En el mismo sentido, se regula la materia en el decreto N° 1, de 1991, del mismo origen, respecto del pago de viáticos por cometidos funcionarios en el extranjero.

Por su parte, el Artículo 1 del Reglamento de Viáticos ya aludido, dispone que el mencionado beneficio consiste en un subsidio a que tienen derecho los trabajadores del sector público que, en su carácter de tales y por razones de servicio, deban ausentarse del lugar de su desempeño habitual, dentro del territorio de la República, el cual se encuentra destinado a cubrir los gastos de

73 Fuentes Legales: Dictamen: N° 43.949 /07, Art. 148 inc.2° L. 18.883.

74 Comparar con Caso 20.

alojamiento y alimentación en que estos incurran, con ocasión de dichos desplazamientos, agregándose por esa norma, que ese beneficio, no será considerado sueldo para ningún efecto legal⁷⁵.

3.15.Caso N° 15: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135⁷⁶

La Municipalidad de Maipú ha solicitado a la Contraloría General un pronunciamiento que precise si en el cálculo de las bonificaciones por retiro voluntario para funcionarios municipales previstas en la ley N° 20.135, deben considerarse los montos enterados por concepto de horas extraordinarias.

Por su parte, la Asociación de Funcionarios de la Municipalidad de Maipú también ha requerido un pronunciamiento sobre la materia planteada, toda vez que, según expone, a raíz de discrepancias existentes al interior del municipio, actualmente se estarían desconociendo los emolumentos derivados de horas extraordinarias para los efectos del cálculo de las referidas bonificaciones.

Como cuestión previa, cabe señalar que la ley N° 20.135 -publicada en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 2006- estableció una bonificación por retiro voluntario en favor de los funcionarios municipales que, cumpliendo con los requisitos de edad que menciona, cesen por aceptación de renuncia voluntaria en relación con el respectivo cargo municipal, dentro del período que indica.

A su vez, de conformidad con el inciso primero del Artículo 2° del referido texto legal, «la bonificación por retiro voluntario será el equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio o fracción superior a seis meses prestados por el funcionario en la administración municipal, con un máximo de seis meses».

El inciso tercero, por su parte, añade que «la remuneración que servirá de base para el cálculo de las bonificaciones será el promedio de las remuneraciones mensuales de los últimos 12 meses inmediatamente anteriores al cese de funciones del funcionario, actualizadas según el índice de precios al consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadística»⁷⁷.

75 Fuentes Legales: Dictamen: N° 2.767 /07, Art. 261 COT, Art. 85 d) L.18.883.

76 Comparar con Caso 10.

77 Dictamen N° 179 /08, L. 20.135/06, L.18.883.

3.16.Caso N° 16: La interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, no suspende los efectos del acto impugnado, de modo que ellos rigen desde su notificación al afectado⁷⁸

Se ha dirigido a esta Contraloría General don J.J., exfuncionario de la Municipalidad de Pudahuel, reclamando en contra de la legalidad del decreto alcaldicio N° 566, de 2006, por el cual se le requiere para que restituya 19 días de remuneraciones, correspondientes al mes de diciembre de 2005.

Requerido informe al respectivo municipio, este lo evacuó mediante el oficio ordinario N° 1300/0195, de 2006, al que adjunta el Memorándum N° 393/06, del mismo año, de su Asesoría Jurídica.

Sobre el particular y, en forma previa, resulta útil para el debido entendimiento del problema que se ha suscitado, describir las circunstancias que precedieron a la dictación del decreto impugnado.

En primer término, debe anotarse que mediante el decreto N° 4.355, de 2005, de la Municipalidad de Pudahuel, se aplicó al recurrente la medida disciplinaria de destitución, siendo notificado el 13 de septiembre del mismo año. Sin embargo, dicha sanción fue impugnada por el afectado ante esta Contraloría General en virtud del derecho a reclamación contemplado en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, por lo que el municipio, según expresa en su informe, procedió, en conformidad al dictamen N° 39.516, de 2000, de este órgano de Control, a suspender los efectos de la medida, permitiendo la permanencia del funcionario en el municipio.

Cabe agregar, que el aludido reclamo fue desestimado por oficio N° 54.321, de 17 de noviembre de 2005, de esta Entidad de Control, por lo que se procedió a registrar el decreto sancionatorio sin observaciones y a restituir al municipio los antecedentes.

Una vez que la Municipalidad de Pudahuel recibió tales antecedentes, procedió, el 12 de diciembre de 2005, a notificar al recurrente del rechazo de esta Entidad de Control a su reclamación y le informó que la medida de destitución se le aplicaría una vez que concluyera el feriado legal que se encontraba haciendo uso y por el cual ya se le había pagado la remuneración correspondiente.

Con posterioridad, sin embargo, el municipio, según expresa en su informe, se percató de que había cometido un error al pagar la remuneración por los días posteriores a la notificación del 12 de diciembre, de manera que dictó el decreto N° 566, de 2006, que ahora se impugna, por el cual se requirió al señor J.J para que restituyera esa, remuneración -equivalente a la suma de \$846.751-, devolución a la cual, a juicio del alcalde, se encuentra obligado el recurrente, ya que, acorde con el aludido dictamen N° 39.516, la medida disciplinaria de

78 Comparar con Caso 23.

destitución se habría hecho efectiva desde que se le notificó del rechazo de su reclamo, el 12 de diciembre de 2005.

Ahora bien, precisada la situación que dio origen a la dictación del referido decreto N° 566, se advierte que la problemática planteada dice relación con el momento a partir del cual produce efecto una medida disciplinaria que se aplica en un proceso sumaria incoado en un municipio, cuando el afectado la ha impugnado ante esta Contraloría General, mediante la reclamación prevista en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, que establece, en general, el derecho que tienen los funcionarios municipales de reclamar, en el plazo de diez días, ante esta Entidad Fiscalizadora, cuando se hubieren cometido vicios de legalidad que afectaren sus derechos.

Al respecto, se debe anotar, en primer término, que sobre la base de lo establecido en el Artículo 53 de la ley N° 18.695 -que exime de toma de razón las resoluciones municipales, pero las somete a registro cuando afecten a funcionarios municipales-, esta Contraloría General manifestó en el mencionado dictamen N° 39.516, de 2000, en lo que interesa, que como regla general, el trámite de registro consiste en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros que este organismo lleva al efecto, por lo que no constituye en sí un control preventivo de legalidad, y, por ende, los decretos alcaldicios relativos al personal rigen in actum, esto es, desde la fecha de su notificación al afectado, sin que su eficacia se subordine al aludido trámite.

Enseguida, y refiriéndose específicamente a los actos alcaldicios sancionatorios se expresó que la circunstancia de que ellos rijan desde su notificación al afectado, antes de su registro, como el resto de las resoluciones municipales relativas al personal, no inhibe a esta Entidad para pronunciarse sobre los vicios de legalidad de que puedan adolecer, sin embargo, a fin de reforzar el ejercicio de las facultades de control de legalidad de esta Entidad Fiscalizadora y, con el objeto de otorgar una mayor protección al afectado frente a la administración municipal, se hacía necesario reconocer como vía de impugnación de tales actos el recurso previsto en el Artículo 156 de la ley N° 18.883.

Se añadió en el mismo dictamen, que para que la incorporación de ese reclamo a los procedimientos sumariales que se sustancian por las municipalidades resguarde efectivamente los derechos de los afectados, era necesario que la autoridad edilicia, al tomar conocimiento de su interposición, suspendiera la materialización de la medida dispuesta, mientras el reclamo no fuera atendido por esta Entidad de Control⁷⁹.

79 Fuentes Legales: Dictamen: N° 46.174 /07, L. 19.880, Art. 156 L. 18.883.

3.17.Caso N° 17: Respecto a si procede exigir al alcalde el cumplimiento de un acuerdo del Concejo Municipal que lo habría autorizado para transferir un bien mueble de la municipalidad

Don X.X. reclama a la Contraloría General que el alcalde de la Municipalidad de San José de Maipo no ha dado cumplimiento a un acuerdo del concejo municipal adoptado en el año 2005, por el cual se habría autorizado al edil a realizar los trámites necesarios para transferir una línea telefónica de propiedad municipal.

La municipalidad aludida, a través del oficio N° 68, de 2007, ha remitido el respectivo informe jurídico, en el cual se concluye que el citado acuerdo de concejo no se ajustó a las normas legales relativas a la transferencia de bienes muebles municipales.

En forma previa al examen de la consulta, es necesario consignar que la decisión de transferir o no un bien municipal, es una cuestión de mérito en que no le cabe intervención a esta Contraloría General, por exceder el ámbito de sus atribuciones.

Ahora bien, en relación al acuerdo municipal esgrimido por el recurrente como fundante de su solicitud, cabe señalar que, según se advierte de los antecedentes tenidos a la vista, en la sesión ordinaria N° 18, de 17 de agosto de 2005, se acordó por la unanimidad de los integrantes del concejo autorizar al alcalde a efectuar todos los trámites necesarios para realizar el traspaso de una línea telefónica de propiedad municipal a un particular⁸⁰.

3.18.Caso N° 18: Se refiere a la emisión de informes por parte de funcionarios municipales a requerimiento de los tribunales de familia

La Contraloría Regional de Atacama ha remitido sendas consultas efectuadas por las Municipalidades de Chañaral y de Vallenar, mediante las cuales se solicita un pronunciamiento que precise si resulta procedente que asistentes sociales de esas entidades edilicias, sean requeridos por los Tribunales de Familia para la emisión de informes periciales o para comparecer en los juicios seguidos ante dichas magistraturas.

Sobre el particular, cabe hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del Artículo 45 de la ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, «el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aporte del Estado, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto».

80 Fuentes Legales: Dictamen N° 19.894 /07, Art. 63 h),L.18.695.

A su vez y en relación con lo anterior, en el Artículo 46 del citado texto legal, se destaca «el deber que tienen los peritos de concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe»⁸¹.

3.19.Caso N° 19: En cuanto a si las atribuciones de los municipios para efectuar tareas de alumbrado, limpieza de áreas verdes y aseo en loteos irregulares, pueden implicar la realización de obras permanentes que impidan regularizar dichos terrenos

La Contraloría General, a través de la Subdivisión de Auditoría e Inspección de la División de Municipalidades se encuentra realizando un sumario administrativo en la Municipalidad de Padre Hurtado, a los efectos de determinar las responsabilidades administrativas que puedan estar comprometidas en la situación examinada en el dictamen N° 45.541, de 2006.

Al respecto, debe recordarse que el aludido pronunciamiento, atendiendo una presentación de la Municipalidad de Padre Hurtado, concluyó, en síntesis, que esa Corporación Edilicia posee atribuciones para efectuar las tareas de alumbrado, limpieza de áreas verdes y aseo que estime necesarias en terrenos correspondientes a loteos irregulares, en la medida que cuente con los recursos financieros respectivos.

En ese contexto, y atendido que de acuerdo a la investigación que se está realizando en la especie, dicho pronunciamiento se estaría interpretando erradamente, al entenderse que permitiría a la autoridad ejercer amplias facultades para incurrir en gastos vinculados con loteos irregulares, esta Contraloría General ha estimado oportuno precisar y complementar dicho pronunciamiento⁸².

3.20.Caso N° 20: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos⁸³

El Alcalde de la Municipalidad de San Ramón, solicita a la Contraloría General un pronunciamiento que determine si el pago de viáticos a un funcionario que se desempeña en un cargo en calidad de suplente, debe realizarse en consideración a la remuneración que percibe en dicha condición o de acuerdo a la que corresponde al cargo de que es titular.

Sobre el particular, la normativa que rige en la especie se encuentra contenida en el decreto con fuerza de ley N° 262, de 1977, del Ministerio de

81 Dictamen: N° 54.636 /07, inc.final Art.45 L. 19.968.

82 Fuente Legal: Dictamen: N° 26.616 /07, Arts. 3,4,5,letra c) y 25 L. 18.695

83 Comparar con Caso 14.

Hacienda, que aprueba el Reglamento de Viáticos para el Personal de la Administración Pública, puesto que su Artículo 2° hace aplicable el sistema establecido en sus disposiciones, en los más amplios términos, a todos los trabajadores del sector público, incluidas las municipalidades. En el mismo sentido, se regula la materia en el decreto N° 1, de 1991, del mismo origen, respecto del pago de viáticos por cometidos funcionarios en el extranjero.

Por su parte, el Artículo 1 del Reglamento de Viáticos ya aludido, dispone que el mencionado beneficio consiste en un subsidio a que tienen derecho los trabajadores del sector público que, en su carácter de tales y por razones de servicio, deban ausentarse del lugar de su desempeño habitual, dentro del territorio de la República, el cual se encuentra destinado a cubrir los gastos de alojamiento y alimentación en que éstos incurran, con ocasión de dichos desplazamientos, agregándose por esa norma, que ese beneficio, no será considerado sueldo para ningún efecto legal⁸⁴.

3.21.Caso N° 21: Respecto a si el alcalde está obligado a convocar a plebiscito para aprobar el plan regulador comunal⁸⁵

Se ha dirigido a la Contraloría General don X.X., solicitando un pronunciamiento que determine si la Municipalidad de Providencia puede convocar a un plebiscito comunal para que la ciudadanía se pronuncie acerca del nuevo plan regulador comunal.

Querido el municipio, este, a través del oficio N° 110, de 4 de enero de 2007 -en que se acompaña el informe jurídico N° 1.055, de 2006, y el memorándum N° 23.245, de 2006, de la Secretaría Comunal de Planificación-, ha informado, en síntesis, que el municipio ha cumplido con todas las etapas contempladas en las disposiciones legales y reglamentarias para obtener la aprobación del nuevo plan regulador comunal, generándose las instancias de participación de la comunidad que esa normativa exige.

Sobre el particular, es del caso precisar que en los artículos 43 y siguientes del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975 -Ley General de Urbanismo y Construcciones-, que tratan del procedimiento de elaboración de planes reguladores comunales y sus modificaciones, no se contempla la necesidad de convocar a plebiscito, sino que se establecen diversas etapas de participación de la comunidad, todas las cuales, según señala el municipio, se habrían cumplido en la especie.

Asimismo, debe recordarse que acorde con los artículos 99 y siguientes de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la iniciativa para someter a plebiscito las materias que ese precepto indica, corresponde al

84 Fuentes Legales: Dictámenes: N° 2.767 /07, 43.106/00, 30.208/02.

85 Fuentes Legales: Dictamen N° 22.580 /07, Art. 45 DFL 458/ 75

alcalde -con acuerdo del concejo-, o a requerimiento de los dos tercios del concejo o de, a lo menos, el 10% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna⁸⁶.

3.22.Caso N° 22. Procedimiento para que un funcionario con residencia en el extranjero, por encontrarse en comisión de estudio, declare en un sumario administrativo

Se ha dirigido a la Contraloría General, el alcalde de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, solicitando un pronunciamiento sobre la forma de proceder y demás ritualidades que se deben cumplir para que un funcionario con residencia en el extranjero, por encontrarse en comisión de estudio, declare en un sumario administrativo⁸².

3.23.Caso N° 23: respecto a si la interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, suspende los efectos del acto impugnado⁸⁸

Se ha dirigido a la Contraloría General don J.J., exfuncionario de la Municipalidad de Pudahuel, reclamando en contra de la legalidad del decreto alcaldicio N° 566, de 2006, por el cual se le requiere para que restituya 19 días de remuneraciones, correspondientes al mes de diciembre de 2005.

Requerido informe al respectivo municipio, éste lo evacuó mediante el oficio ordinario N° 1300/0195, de 2006, al que adjunta el Memorándum N° 393/06, del mismo año, de su Asesoría Jurídica.

Sobre el particular, y en forma, previa resulta útil, para el debido entendimiento del problema que se ha suscitado, describir las circunstancias que precedieron a la dictación del decreto impugnado.

En primer término, debe anotarse que mediante el decreto N° 4.355, de 2005, de la Municipalidad de Pudahuel, se aplicó al recurrente la medida disciplinaria de destitución, siendo notificado el 13 de septiembre del mismo año. Sin embargo, dicha sanción fue impugnada por el afectado ante la CGR en virtud del derecho a reclamación contemplado en el artículo 156 de la ley N° 18.883, por lo que el municipio, según expresa en su informe, procedió, en conformidad al dictamen N° 39.516, de 2000, de este órgano de Control, a suspender los efectos de la medida, permitiendo la permanencia del funcionario en el municipio.

86 Fuentes Legales: Dictamen N° 2.767 /07.

87 Fuente Legal: N° 6.630 /07.

88 Comparar con Caso 16.

Cabe agregar, que el aludido reclamo fue desestimado por oficio N° 54.321, de 17 de noviembre de 2005, de esta Entidad de Control, por lo que se procedió a registrar el decreto sancionatorio sin observaciones, y a restituir al municipio los antecedentes.

Una vez que la Municipalidad de Pudahuel recibió tales antecedentes, procedió, el 12 de diciembre de 2005, a notificar al recurrente del rechazo de esta Entidad de Control a su reclamación y le informó que la medida de destitución se le aplicaría una vez que concluyera el feriado legal que se encontraba haciendo uso y por el cual ya se le había pagado la remuneración correspondiente.

Con posterioridad, sin embargo, el municipio, según expresa en su informe, se percató de que había cometido un error al pagar la remuneración por los días posteriores a la notificación del 12 de diciembre, de manera que dictó el decreto N° 566, de 2006, que ahora se impugna, por el cual se requirió al señor J.J para que restituyera esa, remuneración -equivalente a la suma de \$ 846.751-, devolución a la cual, a juicio del alcalde, se encuentra obligado el recurrente, ya que, acorde con el aludido dictamen N° 39.516, la medida disciplinaria de destitución se habría hecho efectiva desde que se le notificó del rechazo de su reclamo, el 12 de diciembre de 2005.

Ahora bien, precisada la situación que dio origen a la dictación del referido decreto N° 566, se advierte que la problemática planteada dice relación con el momento a partir del cual produce efecto una medida disciplinaria que se aplica en un proceso sumario; incoado en un municipio, cuando el afectado la ha impugnado ante esta Contraloría General, mediante la reclamación prevista en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, que establece, en general, el derecho que tienen los funcionarios municipales de reclamar, en el plazo de diez días, ante esta Entidad Fiscalizadora, cuando se hubieren cometido vicios de legalidad. que afectaren sus derechos⁸⁹.

3.24.Caso N° 24: se refiere a las facultades de fiscalización de las unidades de control municipal respecto de las corporaciones municipales

Mediante el pase interno N° 208, de 2006, la Contraloría Regional de Antofagasta ha remitido a la CGR la presentación de la Municipalidad de Antofagasta, en la que se solicita un pronunciamiento que determine si la Unidad de Control de esa entidad edilicia puede fiscalizar la totalidad de los recursos de la Corporación Cultural de Antofagasta o solo el uso y destino de los aportes que le entrega el municipio. Tal interrogante la formula, por cuanto, a su entender, los artículos 135 y 136 de la ley N° 18.695, contendrían disposiciones que serían contradictorias sobre la materia.

89 Fuente Legal:Dictamen: N° 46.174 /07.

Sobre el particular, se debe anotar, en forma previa, que los artículos a que se refiere la recurrente, se encuentran ubicados en el Párrafo 1° del Título VI de la citada ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL. N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, y tratan sobre las corporaciones y fundaciones municipales de derecho privado, sin fines de lucro, entre las cuales se encuentran las corporaciones culturales municipales, como la de la especie.

Asimismo, es necesario destacar, que el antiguo Artículo 139 de la citada ley N° 18.695 -que excluía del mencionado título a las corporaciones culturales municipales constituidas antes de la vigencia de la ley N° 19.130-, fue suprimido por el Artículo 5°, N° 14), de la ley N° 20.033, de manera que, en la actualidad, tales corporaciones se encuentran regidas plenamente por el citado Título VI⁹⁰.

4. Respuestas a los casos propuestos

4.1. Respuesta al caso N° 1: Alcalde ministro de fe

El legislador no confiere a la autoridad alcaldicia la atribución específica de actuar como ministro de fe en la asamblea constitutiva de una organización comunitaria -como sí lo hace respecto del oficial del Registro Civil y del Notario-, sino solo la de designar a un funcionario para que intervenga en la referida asamblea en esa calidad.

En este sentido, es dable anotar que la acción de designar consiste, a la luz de la pertinente definición del Diccionario de la Real Academia Española, en señalar o destinar a una persona para determinado fin, esto es, en el caso que se analiza, para actuar como ministro de fe en la referida asamblea constitutiva.

Siendo así, se aprecia que la norma legal en comento se refiere a tres eventuales ministros de fe para los efectos en estudio: los oficiales del Registro Civil, los Notarios y los funcionarios municipales designados por el alcalde, de manera que estos últimos no pueden ser sino el personal municipal de la dependencia de esa autoridad edilicia.

No obstante lo anterior, es dable consignar que las organizaciones comunitarias, conforme lo dispone el Artículo 8° de la ley N° 19.418, gozan de personalidad jurídica por el solo hecho de depositarse en la secretaría municipal una copia de la correspondiente acta constitutiva.

En ese contexto, es dable sostener que si bien el secretario municipal tiene facultades para objetar, después del mencionado depósito, la constitución de las organizaciones comunitarias, en la especie ello no resulta procedente, por cuanto el error en que se incurrió por parte del municipio, en el sentido de

haber sido el alcalde quien actuó como ministro de fe en la asamblea de que se trata, no constituye una objeción que pueda imputarse a la organización.

Siendo así, procede aplicar en el caso que se analiza la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control -contenida en el dictamen N° 12.272, de 2002, entre otros-, en cuanto sostiene que los errores de la Administración no pueden afectar a terceros de buena fe que han procedido -ya que no existen antecedentes que demuestren lo contrario- con el convencimiento que la actuación administrativa se ajustaba a derecho.

En tales condiciones, se debe concluir que la intervención del alcalde en la asamblea de que se trata, no constituye un antecedente suficiente que habilite al secretario municipal para negarse al registro de la respectiva organización.

En consecuencia, en lo sucesivo, la Municipalidad de San Pedro de Melipilla deberá ajustar su actuación al criterio antes reseñado, en el sentido que, ante el requerimiento de una organización comunitaria en formación, el alcalde debe designar a un funcionario de su dependencia para que actúe como ministro de fe en la correspondiente asamblea constitutiva.

Lo anterior, es sin perjuicio del criterio contenido en el dictamen N° 29.989, de 2002, que se refiere a la posibilidad que tiene la autoridad edilicia de participar -no como ministro de fe- en una asamblea de ese tipo, en su calidad de autoridad máxima de la administración local, siempre que se lo permita la organización comunitaria y sin que ello signifique una intromisión en los asuntos internos de la misma.

4.2. Respuesta al caso N° 2: Alcalde y cohecho

Sobre este caso, cabe anotar que el Artículo 61 de la ley N° 18.695, establece que el alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el Artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado, para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado mientras dure su incapacidad, en la forma que indica.

Por su parte, el aludido Artículo 16 de la Carta Fundamental dispone, en lo que interesa, que el derecho de sufragio se suspende por tres causales, entre las cuales interesa destacar, en relación con la consulta planteada, la contenida en su N° 2, que, en lo pertinente, expresa: «Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva».

Como puede apreciarse, es la calidad de acusado por delito que merece pena aflictiva la que determina la pérdida del derecho a sufragio, la que, a su vez, origina la incapacidad temporal del alcalde, por lo que debe tenerse presente el Artículo 248, letra b), del Código Procesal Penal, en cuanto dispone que corresponde al fiscal del Ministerio Público «formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma».

Ahora bien, estando pendiente la presentación en estudio, se ha tomado conocimiento que don Ch.A., Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Ancud del Ministerio Público, se ha dirigido a la Contraloría Regional de Los Lagos; mediante su Oficio N° 3218, de 2007, comunicando que el día 31 de agosto del presente año, en causa RUC 0500464729-9, RIT 25-2006, fue deducida ante el Juzgado de Garantía correspondiente la acusación en contra del alcalde de la Municipalidad de Ancud «por el delito de COHECHO, Art. 248 bis del Código Penal, que merece pena aflictiva de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 37 del Código Penal».

En ese contexto, y teniendo en especial consideración la referida comunicación, mediante la cual se acredita que el alcalde de la Municipalidad de Ancud se encuentra en la actualidad acusado por el delito antes señalado -el que, según se informa, merece pena aflictiva-, no cabe sino sostener que se ha producido la suspensión del derecho de sufragio a que alude el Artículo 16, N° 2, de la Carta Fundamental, por lo que esa máxima autoridad edilicia, acorde con el citado Artículo 61 de la ley N° 18.695, se encuentra temporalmente incapacitada para el desempeño de su cargo, debiendo procederse a su reemplazo según las normas contempladas en el Artículo 62 del mismo texto legal, esto es, mediante el mecanismo de la subrogancia, o a través de la designación de un alcalde suplente por parte del concejo municipal, de acuerdo con esa normativa.

En consecuencia y atendido que en el referido Oficio N° 3218, de 2007, emanado del Ministerio Público, consta que el Alcalde de la Municipalidad de Ancud se encuentra acusado por un delito que merece pena aflictiva, procede que ese municipio adopte las medidas tendientes a reemplazar al alcalde suspendido, en los términos antes indicados.

Por último, ese Secretario Municipal, en la primera sesión que celebre el Concejo desde la fecha de recepción del presente pronunciamiento, deberá ponerlo en conocimiento de ese órgano colegiado, entregándole copia del mismo.

Se remite fotocopia del Oficio N° 3218, de 2007, de la Fiscalía Local de Ancud, para su conocimiento⁹¹.

4.3. Respuesta al caso N° 3: Municipalidad opositora

Sobre el particular, el Artículo 4° de la ley aludida dispone, en lo que interesa, que las organizaciones comunitarias gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de constituirse en la forma señalada en esta ley, una vez efectuado el depósito a que se refiere el Artículo 8°.

En tanto, el Artículo 7° de la ley señala que la constitución de cada una de las organizaciones comunitarias será acordada por los interesados que cumplan con los requisitos que establece esta ley, en asamblea que se celebrará ante un funcionario municipal designado para tal efecto por el alcalde, ante un oficial

91 N° 17.921 23-04-2007

del Registro Civil o un Notario, todo ello a elección de la organización comunitaria en formación.

Por otra parte, el referido Artículo 8° establece que una copia autorizada del acta constitutiva deberá depositarse en la secretaría municipal respectiva dentro del plazo de treinta días contado desde aquel en que se celebró la asamblea constitutiva, y que, efectuado dicho depósito, la organización comunitaria gozará de personalidad jurídica propia.

Como puede apreciarse de la normativa recién citada, la constitución de una organización comunitaria es una cuestión que depende exclusivamente de la voluntad de las personas que decidan conformar esa agrupación, de manera que, cumplidos los requisitos legales establecidos para tal efecto, el municipio no puede oponerse a su constitución, salvo que el secretario municipal, en el marco de las atribuciones que le concede el Artículo 8° de la ley, la objete por vicios en su formación o en la aprobación de sus estatutos.

Sin embargo, en la especie no se han advertido vicios de dicha naturaleza, sino que sólo se reprocha la posibilidad de que tales entidades se constituyan generando falsas expectativas en quienes las integran atendidas las características de los terrenos a los que adscriben.

Lo anterior armoniza con la garantía constitucional consagrada en el Artículo 19, N° 15, de la Carta Fundamental, relativa al derecho a asociarse sin permiso previo.

En efecto, la negativa del municipio ante el requerimiento de constitución de una organización comunitaria que ha cumplido con todos los requisitos legales contravendría el aludido derecho e implicaría una intervención que no encuentra fundamento alguno en el proceso de constitución de este tipo de agrupaciones previsto en la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, es del caso hacer presente, en consideración a la situación expuesta por el municipio, que este puede, en todo caso, adoptar las medidas que resulten pertinentes para informar a la comunidad acerca de los efectos de la constitución de una organización comunitaria en conformidad con la Ley N° 19.418, como asimismo, realizar las denuncias ante la Justicia Ordinaria en el evento de que advierta la comisión de algún ilícito en relación con la materia, en conformidad con lo previsto en el Artículo 58, letra k), de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales⁹².

4.4. Respuesta al caso N° 4: Dirigente accidentado

Sobre la materia, es necesario hacer presente que el Artículo 1° de la ley N° 19.345, hizo aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado que indica, el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744.

Precisado lo anterior, cabe anotar enseguida que el inciso primero del Artículo 5° de la ley N° 16.744, señala que «para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte».

El inciso segundo de la misma norma, agrega que «son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo, y aquellos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores: En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro».

A su turno, el inciso tercero de la referida disposición señala que «se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales».

En relación con la normativa antes mencionada, el Artículo 9° del decreto supremo N° 101, de 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el reglamento para la aplicación de la ley N° 16.744, dispone que «las expresiones «a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales», empleadas por el inciso 3° del Artículo 5° de la ley, comprenden no sólo los accidentes ocurridos durante la faena y en el sitio en que ella o las actuaciones sindicales se realizaban, sino también los acaecidos antes o después, fuera de dichos lugares, pero directamente relacionados o motivados por las labores gremiales que el dirigente va a cumplir o ha cumplido».

La preceptiva descrita, como puede apreciarse, establece respecto de los dirigentes gremiales, un tratamiento especial y distinto que al resto de los trabajadores, dando un sentido amplio a la cobertura del aludido seguro social, sin restringirlo a los siniestros acaecidos en el trayecto directo, en el lugar o dentro de la jornada de trabajo, sino a todo accidente que se relacione con las actividades gremiales que deba realizar un dirigente sindical en su calidad de tal, cualquiera que sea el día y emplazamiento en que estas se desarrollen.

Por consiguiente, en la medida que se acredite la estricta relación de causalidad entre la actividad sindical realizada y la ocurrencia del accidente, no obsta a la cobertura del mismo la circunstancia de haberse producido fuera de la jornada ordinaria de trabajo, toda vez que lo determinante es que el respectivo dirigente se encuentre realizando labores gremiales.

En consecuencia, y en mérito de lo expuesto, es dable concluir que los accidentes que puedan afectar a un dirigente de una asociación de personal durante sus días libres, en tanto medie el referido nexo causal, constituyen accidentes del trabajo al tenor de lo dispuesto en la ley N° 16.744 y su reglamento.

Atendido lo expresado, cabe reconsiderar, en lo pertinente, el dictamen N° 21.355, de 2004, de esta Contraloría General, y todo otro que sea contrario al presente pronunciamiento. En tanto medie una relación de causalidad entre

la actividad gremial y los siniestros, constituyen accidentes del trabajo conforme a la ley 16.744 y su reglamento⁹³.

4.5. Respuesta a caso N° 5: Municipalidad constructora

En este caso, de lo que se trata, es de impedir que los recursos públicos sean destinados a beneficiar intereses privados ajenos al interés público, de manera que no resulta objetable una inversión en terrenos de particulares que conlleva la realización de obras en beneficio de la comunidad en general, y que, además, de realizarse en el marco de las competencias municipales, la inversión quede debidamente resguardada mediante el establecimiento de los mecanismos jurídicos pertinentes.

En ese contexto, y bajo el supuesto de que los recursos para el financiamiento del respectivo proyecto sean debidamente aprobados, en conformidad con la normativa que regula el aludido Fondo Nacional de Desarrollo Regional, se advierte que la construcción de la obra comunitaria señalada compatibiliza con las funciones que la ley le asigna a las municipalidades descritas en el Artículo 3°, letra c), de la ley N° 18.695, relativa a la promoción del desarrollo comunitario y a las descritas en el Artículo 4°, letras b) y l); de la misma ley, referidas a la salud pública y al desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.

A lo anterior cabe agregar, que en la especie aparecen elementos jurídicos que permiten entender que se protegen debidamente los intereses municipales, ya que el municipio tiene la calidad de copropietario del inmueble en que se pretenden realizar las obras, y, según ha informado en su presentación, ellas se llevarán a cabo previo el otorgamiento y la constitución en su favor de un derecho de uso y goce exclusivo otorgado por parte de los demás copropietarios, en conformidad a las normas de la ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria.

En este sentido, es dable señalar que en el citado dictamen N° 34.727, de 2003, se ha entendido que cuando los órganos públicos invierten en bienes inmuebles de particulares, el resguardo del interés público implica la adopción de todas las medidas que permitan al respectivo servicio; el mayor despliegue de sus atribuciones sobre el bien en que se realiza la inversión.

En consecuencia, y atendido que la construcción del Centro de Salud Familiar es compatible con las funciones que la ley ha conferido a las municipalidades, y bajo el entendido que se adoptarán las medidas tendientes a dar un resguardo efectivo a los intereses municipales, en las condiciones reseñadas, no se advierte obstáculo jurídico para que esa entidad edilicia pueda llevar a cabo las correspondientes obras con cargo a los fondos públicos a que postula, y de acuerdo a la normativa que rige el empleo de los mismos recursos.

93 N° 33.525 25-07-2007.

4.6. Respuesta caso N° 6: Municipalidad y empresa privada

Sobre el particular y de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, se advierte que la entrega por parte del municipio a una empresa privada de las atenciones odontológicas que se individualizan, tiene su origen en diversos convenios celebrados, anualmente, entre el Servicio de Salud Metropolitano Occidente y la Municipalidad de Santiago, los que a su vez, se desarrollan dentro del marco del Programa de Resolutividad en Atención Primaria del Ministerio de Salud.

El texto de dicho Programa para el año 2006 -que es al que se alude en la consulta- fue fijado por Resolución Exenta del Ministerio de Salud N° 351, del mismo año, en cuyo considerando se consigna que este se ha implementado por la necesidad de incrementar los niveles de cobertura, resolutividad y calidad de las prestaciones en atención primaria de salud, optimizando la calidad técnica y capacidad resolutive de los establecimientos en sus aspectos preventivos, asistenciales, curativos y de control epidemiológico, con un enfoque de salud familiar integral en forma ambulatoria.

Debe destacarse, además, que de acuerdo a lo expresado en el punto V del referido Programa, este se financió, en el año 2006, con los recursos contemplados en la Ley de Presupuestos del Sector Público en la Partida 16, Fondo Nacional de Salud, Programa de Atención Primaria, 02, y que dicho financiamiento tuvo como propósito garantizar la disponibilidad de los recursos para solventar los gastos asociados a este Programa entre los meses de enero a diciembre de cada año.

Ahora bien, en cuanto al convenio que se suscribió en ese año, entre el referido Servicio de Salud y el municipio, se debe destacar que en su cláusula sexta, N° 5, referida a la atención odontológica integral para mujeres y hombres de escasos recursos, se expresa que la municipalidad «podrá convenir la entrega de las prestaciones integrales con prestadores institucionales como privados, que hayan sido calificados técnicamente por el Servicio de Salud o que tengan convenio con el Servicio de Salud».

Al respecto, resulta útil hacer presente que esta Contraloría General, examinando el convenio de la especie con motivo del control previo de legalidad de la resolución N° 159, de 2006, del aludido Servicio de Salud -que aprobó el referido convenio- lo estimó ajustado a derecho, tomando razón de ese acto administrativo el 23 de junio de 2006.

Cabe agregar, entonces, que la entrega a un tercero de las atenciones odontológicas que se indican, se han realizado en el marco del aludido Programa, el que no implica desconocer las funciones de atención primaria que efectúa el propio municipio, con sus recursos, sino que se trata de complementar esas funciones a fin de incrementar los niveles de cobertura.

Debe recordarse, por lo demás, que es el municipio quien mantiene las funciones de control en sus diversos aspectos, para los efectos de velar por el

cumplimiento de las atenciones odontológicas respectivas y el correspondiente empleo de los recursos públicos involucrados en esos convenios.

En consecuencia, no se advierte obstáculo jurídico que impida a la Municipalidad de Santiago entregar a una empresa privada las atenciones odontológicas referidas, considerando que dicha entrega tiene su origen en convenios que se encuentran en el marco del aludido Programa de Resolutividad en Atención Primaria del Ministerio de Salud, cuya ejecución se ha efectuado en los términos analizados precedentemente⁹⁴.

4.7. Solución al caso N° 7: Municipalidad contra un abogado infractor

Como puede advertirse, del análisis del caso en examen, que quedan afectos a lo en ella se ha previsto, todas las personas que presten servicios a cualquier título, incluso en virtud de un contrato a honorarios, a algún órgano de la Administración, dentro de los que se encuentran comprendidas las municipalidades, según lo prescrito en el Artículo 1° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, por lo que la respectiva autoridad administrativa se encontrará en la obligación de sancionar a quien vulnere cualquiera de las obligaciones que en aquella se prevén.

En este sentido, corresponde manifestar que con el objeto de acreditar la existencia de la correspondiente infracción, será necesario recurrir al procedimiento sancionatorio que se establezca en el estatuto aplicable al servidor de que se trate, esto es, en la especie, el que se contempla en los artículos 124 y siguientes de la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Ahora bien, dado que según lo prescrito en el Artículo 4° de dicho texto estatutario, a las personas contratadas a honorarios por las municipalidades no les son aplicables las disposiciones de ese cuerpo legal, las infracciones que puedan ser cometidas por ellos, no pueden ser investigadas ni sancionadas conforme a la mencionada normativa.

Sin embargo, y con el objeto de acreditar la existencia de la supuesta infracción que pueda haber cometido una persona contratada a honorarios por una municipalidad y con el objeto de respetar los principios del debido proceso a que se encuentran afectos todos quienes prestan servicios a un órgano del Estado, será necesario que se efectúe una breve investigación en la que el imputado pueda no solo conocer los hechos de que se le acusan, sino que, además, hacer uso de su derecho a defensa.

En consecuencia, las municipalidades se encuentran obligadas a efectuar el indicado procedimiento sumarial para poder disponer el término del contrato de una persona que presta sus servicios en virtud de un contrato a honorarios y

94 N° 52.088 19-11-2007.

que habría incurrido en alguna de las prohibiciones previstas en el Artículo 61 de la ley N° 20.000⁹⁵.

4.8. Respuesta del caso N° 8: Cómputo del plazo para entender practicada la notificación por carta certificada según el Artículo 46 de la Ley N° 19.880

Al tenor de los planteamientos expuestos por el Instituto de Salud Pública, cumplió la Contraloría General con desestimar la reconsideración presentada y en ratificar el criterio sustentado en el dictamen N° 31.277, de 2006, por las razones que se exponen a continuación.

Para la adecuada resolución del problema planteado y para arribar a la conclusión ya anticipada, es necesario formular tres consideraciones previas que han resultado esenciales para tales efectos.

En primer lugar, se debe destacar que la notificación, cualquiera sea la forma que esta adopte, reviste una extraordinaria importancia en el procedimiento administrativo, tanto porque ella determina el instante a partir del cual el acto producirá sus efectos jurídicos⁹⁶, cuanto porque ella abre el período dentro del que ese acto podrá ser impugnado mediante los recursos administrativos o las acciones jurisdiccionales que procedan. En este último aspecto y por lo mismo, la notificación de los actos administrativos se relaciona con normas y principios fundamentales del ordenamiento jurídico chileno, como son el principio de impugnabilidad de tales actos⁹⁷ y el principio de control de la Administración⁹⁸, sin perjuicio de su clara vinculación con la garantía del debido proceso que asegura a todas las personas, también en el procedimiento administrativo, el Artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República.

En segundo lugar, debe subrayarse que las peculiares características de la notificación por carta certificada, en la forma como ha venido practicándose en el caso del Instituto de Salud Pública, en especial el hecho que en la carta que se remite al notificado consten una o más fechas, que pueden no corresponder a la data de recepción de la misma en la oficina de Correos, obedecen exclusivamente a los procedimientos, prácticas y usos que la empresa respectiva aplica en su actividad postal, sin que en ellos tenga intervención alguna el destinatario de la misiva. Tal como lo señalaba el mismo Ministerio de Salud en la presentación que dio lugar al dictamen N° 31.277, cuya reconsideración ahora se solicita, este conjunto de procedimientos, prácticas y usos de la empresa en el modo de gestionar las cartas recibidas se traduce, en la práctica, en una diferencia de dos o tres días entre la fecha anotada en la nómina con que el Instituto

95 N° 34.319 31-07-2007.

96 Tal como lo consigna el Artículo 51 inciso 2° de la ley N° 19.880.

97 Establecido en los artículos 3° de la ley N° 18.575, y 4° de la ley N° 19.880.

98 Previsto en el Artículo 3° de la ley N° 18.575.

ingresa un grupo de ellas y la o las fechas estampadas en cada una de las cartas de ese grupo, circunstancia que, siendo ajena al obrar del notificado y a su mayor o menor diligencia, no puede terminar por afectarlo.

Finalmente, en tercer lugar, coincidiendo con el Instituto de Salud Pública en que el asunto que se examina no recae en una cuestión de derecho, entendida como la determinación abstracta del sentido y alcance de una norma legal, cabe precisar que el problema planteado se refiere a la correcta aplicación de las leyes que rigen el actuar del Instituto de Salud Pública, en este caso el Artículo 46 de la ley N° 19.880, asunto que se enmarca dentro de las atribuciones conferidas a este Organismo de Control, de conformidad al Artículo 6° de la ley N°10.336. En este aspecto, la correcta aplicación de la norma indicada ha de determinarse no solo a partir de su aislado tenor, sino que deberá considerar los principios y normas fundamentales más arriba indicados, y valores esenciales como el de la seguridad jurídica.

Establecido lo anterior, cabe señalar que la notificación de los actos administrativos mediante carta certificada constituye un trámite a cargo de la Administración, cuyo impulso procesal y desarrollo son determinados exclusivamente por ella, sin que el interesado intervenga más que de un modo pasivo y ello tan solo al recibir la carta que le ha sido despachada. Toda la actividad anterior a la recepción de la carta por parte del notificado, empezando por la orden del órgano instructor de notificar por este medio e incluyendo todas las actuaciones materiales al interior de la Empresa de Correos, es completamente ajena al interesado, sin que exista disposición legal alguna que le imponga la obligación de conocer el desarrollo y los pormenores de esta actividad. Por lo mismo, al recibir la carta, el notificado solo cuenta con los antecedentes que se desprenden de esa misma misiva -en especial y en lo que interesa, las fechas que en ella se han estampado-, careciendo de todo sustento la obligación que se le pretende imponer en orden a requerir información adicional para verificar si la fecha de recepción por la oficina de Correos es la que señala la carta u otra distinta.

Aún admitiendo que los datos que consigna la carta en cuanto a la fecha de su recepción por la oficina de Correos pueden ser ambiguos, debe reiterarse que tal ambivalencia no obedece a las actuaciones del notificado, sino que a las del organismo remitente y a las de la empresa de Correos, por lo que no procede que de ello se siga una situación de desventaja en perjuicio de aquel, obligándole a indagar datos desconocidos o, peor aún, anticipando el lapso dentro del cual se deben deducir los recursos en contra del acto que se notifica, llegando a desvirtuar o hacer ilusoria la posibilidad de impugnarlo.

En cuanto a las opciones para obtener el conocimiento fehaciente acerca de la fecha de recepción de la carta sugeridas por el Instituto de Salud Pública (esto es, la revisión del sitio web de la Empresa de Correos de Chile, la concurrencia a la oficina que corresponda de la misma empresa o la consulta en la Oficina de Partes del Instituto), sin perjuicio de discrepar en cuanto a que ellas sean de fácil

acceso -afirmación que resulta al menos discutible-, cabe señalar que la materialización de cada una de estas alternativas supone una carga procesal para el notificado, no prevista en la ley.

La improcedencia de admitir esta nueva carga procesal resulta, además, tanto de lo que establece el Artículo 8° inciso 2° de la ley N° 18.575 -conforme al cual los procedimientos administrativos deben ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que exijan las leyes y reglamentos-, como de lo preceptuado en el Artículo 13 de la ley N° 19.880 -que agrega que tales procedimientos deben desarrollarse «con sencillez»-, exigencias que se desvirtúan; cualquiera sea la alternativa que se escoja para obtener esa información adicional para confirmar o rectificar los datos que constan en la carta recibida.

En este orden de consideraciones, también es conveniente precisar que «la oficina de Correos que corresponda», a que se refiere el Artículo 46 de la ley N° 19.880, es la del domicilio del notificado y no la del órgano remitente de la carta, de modo tal que la recepción de la misiva que determina el momento a partir del cual corre el plazo para entender practicada la notificación, solo se puede referir a la que se verifique en la oficina postal del domicilio del interesado.

Lo anterior resulta tanto de la necesidad de asegurar los derechos del notificado, como del inciso 1° del mismo Artículo 46, que ordena que las notificaciones mediante carta certificada se dirijan «al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad». Atendido lo indicado y como el contexto del Artículo 46 de la Ley N° 19.880 debe servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que exista entre todas ellas la debida correspondencia y armonía -según preceptúa el Artículo 22 del Código Civil-, resulta entonces que la oficina de Correos correspondiente, a que se refiere el inciso 2° del Artículo 46 en examen, no puede ser otra que la del domicilio del notificado, a que alude el inciso 1° de la misma norma.

Por consiguiente, frente a la existencia de varias fechas estampadas en el sobre que contiene la carta certificada que notifica al interesado, la incertidumbre acerca de la oportunidad en que esta se ha recibido en la oficina de Correos que corresponda se resuelve entendiendo que ello ha ocurrido en la fecha más antigua, para lo cual, obviamente, solo se deben considerar las fechas estampadas en el sobre por timbres de la oficina de Correos correspondiente al domicilio del notificado, sin considerar las de otras oficinas, ni las que eventualmente agregue el órgano remitente.

A mayor abundamiento y respecto de lo sostenido por el Instituto de Salud Pública, comparando la notificación por carta certificada del procedimiento administrativo que aquí se trata y la notificación por el estado diario de los procedimientos judiciales, en el sentido que en esta última se obligaría a la parte a concurrir diariamente a los tribunales, sin que ello se estime que afecta los derechos del interesado, cabe señalar que dicha comparación no resulta afortunada ni pertinente, puesto que mientras en el procedimiento administrativo tienen capacidad para actuar las personas que indica el Artículo 20 de la ley

Nº19.880, directamente, por sí mismos, o por medio de apoderados -letrados o no-, en el procedimiento judicial, en cambio, solo se puede intervenir- por medio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, salvo las excepciones legales, todo ello de acuerdo a lo que establece la ley Nº18.120, sobre comparecencia en juicio. De este modo, en el procedimiento judicial las notificaciones se dirigen a personas especialmente revestidas en virtud de su título profesional de la facultad de defender ante los tribunales los derechos de las partes litigantes, circunstancia que, así calificada por el legislador, se ha estimado como suficiente para garantizar tales derechos.

Finalmente, en cuanto a las sentencias de tribunales ordinarios que se extractan y citan, solo cabe señalar que de acuerdo al Artículo 3º inciso 2º del Código Civil, las sentencias de dichos tribunales no tienen fuerza obligatoria, sino en las causas en las que actualmente se pronuncien, tal como lo ha señalado una reiterada jurisprudencia administrativa contenida, entre muchos otros, en los dictámenes Nºs 70.003 de 1977, 1.858 de 1980, 20.034 de 1992, 5.109 de 1993, 5.061 de 1998, 47.737 de 2000, y 14.571, de 2005. Por todo lo expuesto, debe reiterarse, entonces, que para la aplicación de la regla prevista en el Artículo 46 inciso 2º de la ley Nº19.880, debe estarse a la fecha de recepción de la carta certificada estampada por la correspondiente oficina de Correos en el sobre que la contiene y, por ende, a partir de esa data se cuentan los tres días, que con arreglo a esa disposición deben transcurrir para que se entienda practicada la notificación. Asimismo, en caso de existir varias fechas distintas en ese sobre, sólo deberán considerarse para estos mismos efectos, las que correspondan a la oficina de Correos del domicilio del notificado y, dentro de estas, a la más antigua de ellas⁹⁹.

4.9. Solución al caso Nº 9: Sobre el derecho que tienen los funcionarios municipales al bono especial de retiro contemplado en la Ley Nº 20.212

Sobre la materia, cabe manifestar que el Artículo sexto transitorio de la ley Nº 20.212, en su inciso primero, otorga un bono de retiro de naturaleza laboral para el personal afiliado al sistema de pensiones del decreto ley Nº 3.500, de 1980, que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, desempeñe un cargo de carrera o a contrata como también para el contratado conforme al Código del Trabajo en las entidades remuneradas por los sistemas del decreto ley Nº 249, de 1974, incluido el de la Presidencia ubicado en el grado 4º e inferiores; del Título I del decreto ley Nº 3.551, incluido el de la Contraloría General de la República ubicado en el grado 4º e inferiores; del Artículo 9º del decreto ley Nº 1.953, de 1977 y a aquellos que, en las calidades señaladas precedentemente, se desempeñen en instituciones regidas por la ley Nº 16.752; el título VII de la ley Nº 19.284; la ley

Nº 17.995 y el decreto con fuerza de ley Nº 1-18.632, de 1987, del Ministerio de Justicia; la ley Nº 18.837, el decreto ley Nº 444, de 1974; el decreto ley Nº 1.487, de 1976; la ley Nº 5.077, y los profesionales funcionarios regidos por la ley Nº 15.076, con excepción de aquellos que se desempeñen en las instituciones a que se refiere la ley Nº 19.490.

Por su parte, los incisos segundo y tercero de dicho precepto indican que no corresponderá este bono especial al personal de las instituciones mencionadas en la ley Nº 19.490, con excepción del Fondo Nacional de Salud, ni al personal de las instituciones regidas por las leyes Nº 18.593 y 18.460, como tampoco a aquellos funcionarios que se desempeñen en los establecimientos de salud experimental creados en virtud del Artículo 6º de la ley Nº 19.650.

De la normativa anterior, se colige que son beneficiarios del bono de retiro en estudio aquellos trabajadores que, a la fecha de publicación de la ley, se desempeñen en las calidades y en las instituciones que el citado Artículo sexto transitorio de la ley Nº 20.212 menciona, siempre que cumplan con los demás requisitos previstos en dicho texto legal.

Por consiguiente, dado que los servidores municipales no prestan funciones en las entidades que señala el aludido Artículo sexto transitorio, cabe concluir que no tienen derecho a obtener el bono de retiro que ese cuerpo legal contempla.

Enseguida, en cuanto a la consulta relativa a si el tiempo de desempeño en las municipalidades es computable para completar los 20 años de servicios requeridos para acceder al beneficio de la especie, cumple tener presente que el Artículo séptimo transitorio de la citada ley Nº 20.212 establece los requisitos que deben reunirse para obtener el bono, y, en lo que interesa, exige en su numeral 1), tener, o cumplir entre el 30 de junio de 2006 y el 31 de julio de 2010, a lo menos 20 años de servicios, continuos o discontinuos, en las instituciones que conforman la Administración Central del Estado, salvo el caso de los exiliados que señala, a quienes dicha exigencia se les rebajará a 15 años.

Ahora bien, en relación con este requisito, cabe manifestar que tal como se aclarara en el dictamen Nº 49.152, de 2007, de este Organismo Contralor, se debe entender que los 20 años de servicios continuos o discontinuos tienen que haberse prestado en instituciones que integren orgánicamente la Administración Estatal, teniendo presente, para estos efectos, lo señalado en el inciso segundo del Artículo 1º de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que indica que la Administración estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Conforme a ello, es dable concluir que los años trabajados en un municipio son útiles para completar los 20 años de servicios exigidos por el citado numeral 1) del Artículo séptimo transitorio de la referida ley Nº 20.212 para obtener el

bono de retiro, por lo cual los empleados de los servicios indicados en el mencionado Artículo sexto transitorio, pueden contabilizar, para estos efectos, el tiempo de desempeño anterior que hayan prestado en una municipalidad.

Finalmente, respecto a la duda planteada por interesada que dice relación con la oportunidad en que debe cesar en funciones, corresponde señalar que esta materia ha sido resuelta por este Organismo Contralor a través del dictamen N° 111, de 2008, cuya fotocopia se adjunta¹⁰⁰.

4.10.Respuesta del caso N° 10: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135¹⁰¹

Para la solución de este caso y en conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 97, letra c), de la ley N° 18.883, es posible establecer que los estipendios derivados de trabajos extraordinarios, correspondientes a la asignación por horas extraordinarias, constituyen compensaciones pecuniarias por tareas impostergables, ordenadas por el alcalde, que deben realizarse fuera de la jornada laboral ordinaria y cuyo pago se verifica con un recargo en las remuneraciones.

De los elementos propios de la asignación por horas extraordinarias se desprende de manera clara que esta es una contraprestación pecuniaria que se percibe en razón del empleo o función y que, por lo tanto, responde plenamente a la definición de remuneración del citado Artículo 5°.

En este contexto, la circunstancia de que la asignación por horas extraordinarias sea, por lo general, de carácter variable y eventual, no afecta su naturaleza remuneratoria, por cuanto en el concepto de remuneración no se advierte que la habitualidad y permanencia de su percepción sea un elemento esencial del mismo, que justifique excluir determinados emolumentos que se perciban en forma eventual, como es el caso de los correspondientes a horas extraordinarias.

En efecto, entre el concepto de remuneración y el de asignación por horas extraordinarias, no existe una diferencia de naturaleza -ambos importan contraprestaciones pecuniarias que se perciben en razón del empleo o función-, sin perjuicio que su percepción pueda ser de carácter permanente o encontrarse supeditada -como acontece, en general, con los pagos por horas extraordinarias- a factores eventuales.

Así, entonces, es dable sostener que el concepto de remuneración aplicable a los funcionarios municipales regidos por la ley N° 18.883, es comprensivo de los estipendios derivados de horas extraordinarias, sin perjuicio, por cierto, de aquellas situaciones específicas el propio legislador los excluya, sea de manera

100 N° 179 04-01-2008.

101 Comparar con Caso 15.

expresa o que esa exclusión derive de una labor hermenéutica, circunstancias que no concurren respecto de las bonificaciones previstas en la ley N° 20.135.

En este orden de consideraciones, es del caso sostener que tratándose de estas bonificaciones, las remuneraciones mensuales que deben promediarse para los efectos de su cálculo, deben incluir las asignaciones por horas extraordinarias percibidas en el correspondiente período.

En este mismo sentido, cabe destacar que la intención del legislador en orden a considerar los estipendios de que se trata en la determinación del beneficio en comento se advierte de la base de cálculo del mismo, correspondiente al promedio de las remuneraciones que indica, ya que de ello se desprende que no solo interesan al efecto las remuneraciones que se perciben en forma permanente, sino también aquellas de tipo variable.

Asimismo, tal finalidad se refleja de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.135, toda vez que en las actas legislativas quedó constancia que la idea del proyecto era dar un incentivo efectivo para que el personal en condiciones de jubilarse se retirara del municipio, procurándosele al efecto las mejores condiciones económicas que lo permitiera su nivel remuneratorio¹⁰².

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, la Municipalidad de Maipú deberá calcular las bonificaciones de que se trata de acuerdo a las consideraciones anotadas¹⁰³.

4.11. Respuesta al caso N° 11: Se refiere al pago de la asignación de mejoramiento de la gestión municipal respecto de exfuncionarios municipales regidos por el código del trabajo

Para resolver este caso, es necesario tener en cuenta que, tratándose de trabajadores que habrían dejado de prestar servicios para el municipio desde octubre de 2005, se debe tener a la vista el Artículo 1°, N° 4, de la ley N° 20.008, que facultó a las municipalidades para «otorgar a los funcionarios señalados en el Artículo 1° permanente de la ley N° 19.803 y en servicio a la fecha de publicación de la presente ley, una bonificación mensual, imponible y tributable, a contar del mes de enero del año 2005 y solo hasta diciembre del mismo año, de un 6% de la suma de los estipendios a que se refiere el Artículo 3° del cuerpo legal citado. Esta asignación se pagará durante el año 2005, en las cuotas que el municipio determine, siendo el monto a pagar en cada una de ellas equivalente al valor acumulado en los meses anteriores al pago».

Atendido que dicha bonificación especial resulta asimilable a aquella regulada en el Artículo 2° transitorio de la ley N° 19.803, resulta aplicable el

102 Sesión N° 36, de 14 de junio de 2006, de la Cámara de Diputados, Legislatura N° 354.

103 N° 25.326 07-06-2007.

criterio sostenido por esta Contraloría General en el dictamen N° 11.718, de 2004, en cuanto ha señalado que tratándose de trabajadores que, estando en servicio a la fecha de publicación de la ley, dejaron de prestar servicios con posterioridad a la misma, procede el pago de la asignación con relación al tiempo efectivamente trabajado hasta el momento de su alejamiento del servicio, en concordancia con la oportunidad en que la municipalidad hubiera fijado las cuotas de pago.

En este contexto, cabe concluir que respecto de aquellos trabajadores que dejaron de prestar servicios en octubre de 2005, corresponderá -si el municipio decidió otorgar el beneficio en comento- el pago proporcional en los términos descritos precedentemente, siempre que hayan estado en funciones al 22 de marzo de 2005, fecha de publicación de la ley N° 20.008.

En segundo lugar, tratándose de los trabajadores que habrían dejado de prestar servicios en febrero de 2006, es del caso manifestar que a su respecto se aplica plenamente el sistema de incentivos consagrado en las disposiciones permanentes de la ley N° 19.803, sobre la base del grado de cumplimiento de las metas y objetivos comprometidos para el año 2005, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del N° 4 del Artículo 1° de la ley N° 20.008.

De esta forma, rige a su respecto lo prescrito en el inciso segundo del Artículo 1° de la ley N° 19.803, que establece, en lo que interesa, que la referida asignación se pagará en cuatro cuotas, en los meses de mayo, julio, octubre y diciembre de cada año; que el monto a pagar en cada cuota será equivalente, respectivamente, al valor acumulado entre los meses de enero a marzo, abril a junio, julio a septiembre y octubre a diciembre, como resultado de la aplicación mensual de esta asignación; y que el funcionario que haya dejado de prestar servicios antes de completarse el trimestre respectivo, tendrá derecho a la asignación en proporción a los meses completos efectivamente trabajados.

En consecuencia, y atendido lo informado por el municipio, no se advierte objeción jurídica que formular al mecanismo proporcional utilizado por esa entidad edilicia para pagar la asignación en comento a los exfuncionarios cuya cesación de servicios se produjo en el año 2006, sin embargo, atendido que en ese informe municipal nada se ha expresado respecto de alguna situación pendiente relacionada con trabajadores cuya relación laboral habría terminado en el año 2005 -como manifiesta el recurrente-, procede que sean los propios afectados, los que soliciten directamente al municipio, y con antecedentes concretos, su eventual derecho a la asignación de que se trata, en los términos consignados precedentemente¹⁰⁴.

104 N° 11.626 15-03-2007.

4.12. Respuesta al caso N° 12: De la procedencia de considerar, para el cómputo de licencias médicas que permiten aplicar la declaración de vacancia por salud incompatible, aquellas que se han originado en una enfermedad laboral

Para este caso, es útil recordar que el Artículo 148°, inciso segundo, de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales -en relación con los artículos 4°, inciso primero y 48°, letra g), ambos de la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal-, prescribe que no se considerarán para el cómputo de los seis meses que exige la normativa con miras de declarar incompatible la salud de un servidor, las licencias otorgadas -en lo que interesa-, en los casos a que se refiere el Artículo 114° de ese estatuto, vale decir, aquellas ocasionadas por accidentes en actos de servicio o por enfermedad producida a consecuencia del ejercicio de las funciones encomendadas.

A su vez, el inciso tercero del Artículo 114° del estatuto citado, establece que su existencia se comprobará con la sola exhibición del dictamen de la Comisión Médica de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de Salud, correspondiente.

En el contexto de lo manifestado, forzoso resulta concluir que esa Entidad Edilicia deberá invalidar el aludido decreto N° 1.893, de 2005, de la Municipalidad de Padre Hurtado, reincorporando a la afectada a la planta, cargo y grado que servía a la data de alejamiento de sus funciones, toda vez que la enfermedad fue declarada de origen laboral por la autoridad competente.

Ahora bien, respecto del pago retroactivo de las remuneraciones y demás beneficios de carácter previsional y de salud que reclama la solicitante, cabe precisar que el ente Municipal se encuentra en la obligación de pagarlos por el lapso transcurrido entre el acto administrativo que declaró la vacancia por causal de salud incompatible y la data de reincorporación al empleo.

En efecto, si bien la interesada no desempeñó efectivamente su cargo a contar del cese de funciones por la causal en comento, ello ocurrió en virtud de un acto de autoridad alcaldicio que no se ajustó a derecho, situación que en la especie, y tal como lo ha reconocido esta Entidad Superior de Fiscalización en sus dictámenes N°s 9.648 y 13.676, ambos de 2006, configura una causal de fuerza mayor, la que constituye un principio de exoneración de responsabilidad de aplicación general dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contenido en el Artículo 45 del Código Civil, en relación con lo previsto en el Artículo 1.547, inciso segundo, del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, es menester puntualizar que no corresponde considerar en el caso planteado, actividades de capacitación que no satisfagan las exigencias de las letras b) y c), del Artículo 45°, del decreto supremo N° 1.889, de 1995, del Ministerio de Salud -Reglamento de Atención Primaria de Salud Municipal-, esto es, cumplir con la asistencia mínima requerida para aprobar el curso y haber aprobado la evaluación final del mismo. (Aplica criterio contenido en el dictamen N° 28.193, de 2003).

Reconsiderárase, al tenor de lo expuesto y en lo pertinente, el criterio sustentado en los dictámenes N°s 3.695, de 2005 y 29.188, de 2006, como asimismo toda jurisprudencia en contrario¹⁰⁵.

4.13.Respuesta al caso N° 13: Sobre el cumplimiento de obligaciones estatutarias de funcionaria municipal que se desempeñaba simultáneamente, como jueza subrogante de policía local

En relación con esta materia, se debe precisar que según lo manifestado por la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General -contenida en los dictámenes N°s. 1.085, de 1989 y 29.098, de 2000-, la incompatibilidad que el Artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales establece entre las funciones judiciales con toda otra remunerada con fondos fiscales, semifiscales o municipales, no rige respecto de los abogados integrantes de los Tribunales Superiores ni de los abogados subrogantes de los jueces, acorde con el tenor expreso del Artículo único de la ley N° 9.585, norma esta última que prevalece por sobre otros preceptos legales que contemplen prohibiciones o incompatibilidades de los funcionarios públicos.

Lo expresado resulta conciliable con lo dispuesto en el Artículo 85, letra d), de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, en cuanto reconoce la compatibilidad entre el desempeño de los cargos a que se refiere ese Estatuto con la calidad de subrogante.

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico establece la compatibilidad de las funciones de juez subrogante con aquellas remuneradas con fondos municipales, situación que, precisamente, acontece en la especie, de manera que lo que corresponde a los fines consultados es dilucidar de qué manera el ejercicio conjunto de tales funciones compatibles incide en las obligaciones y derechos estatutarios aplicables al empleo municipal.

Al respecto, es del caso consignar que el Artículo 86, inciso primero, de la ley N° 18.883, dispone que la compatibilidad de remuneraciones no libera al funcionario de las obligaciones propias de su cargo, debiendo prolongar la jornada para compensar las horas que no haya podido trabajar por causa del desempeño de los empleos compatibles.

En concordancia con ello, la jurisprudencia administrativa -contenida en el citado dictamen N° 29.098, de 2000-, ha consignado que, el desempeño conjunto de las funciones judiciales a las que alude la ley N° 9.585 con las de un cargo de la Administración Pública, no importa que el respectivo servidor quede al margen de la normativa estatutaria que rige este último empleo ni tampoco que el tiempo que dedique a las correspondientes tareas judiciales debe entenderse como trabajado para los fines de la otra plaza.

105 N° 43.949 28-09-2007.

Como es posible advertir, el desempeño de las funciones de juez subrogante por parte de un funcionario municipal no puede importar que éste deje de cumplir las obligaciones que le impone el empleo municipal, entre las cuales se encuentran aquellas previstas en los artículos 58, letras a) y d), y 62 de la ley N° 18.883, relativas al deber de desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua durante la jornada de trabajo pertinente.

Así y acorde con el criterio sustentado por la jurisprudencia administrativa -contenida en el dictamen N° 32.209, de 1990- el desarrollo conjunto de las referidas funciones judiciales con las correspondientes a un empleo de la Administración Pública, no supone el derecho a percibir, por este último empleo, remuneraciones por las horas que no sean trabajadas efectivamente, a menos que tales horas sean recuperadas por el respectivo servidor.

En relación con lo anterior, es necesario tener presente que en situaciones como la de la especie, atendida la naturaleza de las funciones que motivan el incumplimiento de determinadas horas de trabajo, la autoridad administrativa se encuentra obligada a proporcionar las facilidades pertinentes para que medie la recuperación de las mismas por el funcionario afectado, debiendo este último, a su vez, efectuar oportunamente las comunicaciones que sean necesarias al efecto¹⁰⁶.

Ahora bien, cuando el desarrollo de las funciones compatibles de que se trata conlleve la imposibilidad de cumplir la totalidad de la jornada laboral diaria del cargo de la Administración, deberán gestionarse los permisos administrativos correspondientes con las deducciones remuneratorias que, en su caso, procedan.

En este orden de consideraciones, es menester manifestar que, en la situación de que se trata, la funcionaria a la que se refiere la Municipalidad de Peñaflor si bien se encuentra habilitada para cumplir las funciones de Jueza subrogante, ello no puede significar desatender los deberes estatutarios que conlleva el desempeño del respectivo cargo municipal¹⁰⁷.

4.14. Respuesta al caso N° 14: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos¹⁰⁸

Es necesario puntualizar que la jurisprudencia de la Entidad Fiscalizadora, ha precisado mediante los dictámenes N°s 9.425 y 47.597, ambos de 2000, entre otros, que los viáticos constituyen estipendios eventuales o accidentales que no se encuentran comprendidos dentro del concepto de remuneración, el que se encuentra conformado por aquellos montos, pagados en forma habitual y permanente a los funcionarios públicos.

106 Aplica criterio contenido en el dictamen N° 32.209, de 1990.

107 N° 2.767 17-01-2007.

108 Comparar con Caso 20.

Asimismo, se ha expresado, mediante dictámenes N°s 43.106, de 2000 y 30.208, de 2002, que los viáticos se pagan con relación a las rentas percibidas al momento en que aquellos se devengan, sin que incidan posteriores modificaciones, a menos que expresamente lo ordene la ley. Así, solo corresponde pagar dicho beneficio cuando concurren los requisitos que lo determinan en relación con la remuneración que se percibía al momento de devengarse dicho beneficio.

En ese orden de consideraciones, se debe hacer presente que el Artículo 9 del texto reglamentario en comento, previene, en lo que interesa a este pronunciamiento, que el viático se calculará sobre la base del sueldo asignado al grado que corresponda, disponiéndose en el inciso tercero del Artículo 4° de dicho cuerpo normativo, que para el caso del personal municipal, deberá estarse a los niveles jerárquicos que ocupen de acuerdo a la escala esquemática del Artículo 23 del decreto ley N° 3.551, de 1980.

Por otro lado, es útil consignar que el inciso cuarto del Artículo 6° de la ley N° 18.883, que contiene el Estatuto Administrativo para los Funcionarios Municipales, establece que el suplente tendrá derecho a percibir la remuneración asignada al cargo que sirve en tal calidad, solo en el caso de encontrarse este vacante, o bien cuando el titular del mismo por cualquier motivo no goce de dicha remuneración.

De ese modo, se colige de las disposiciones citadas que, si con motivo del ejercicio del cargo suplente, el funcionario debe ausentarse del lugar donde desarrolla tal suplencia generando el derecho a viáticos, este deberá pagarse conforme a la remuneración asignada al cargo desempeñado en dicha calidad, siempre, por cierto, que se cumplan los supuestos señalados en el recién aludido Artículo 6° de la ley N° 18.883, ya que en caso contrario, deberá estarse a los estipendios correspondientes al cargo de que se es titular¹⁰⁹.

4.15. Respuesta al caso N° 15: Sobre la procedencia de incluir las horas extraordinarias realizadas por los funcionarios municipales en el cálculo de la bonificación por retiro voluntario de la Ley N° 20.135¹¹⁰

Como es posible advertir de los contenidos estudiados en este libro, los estipendios que se consideran en el cálculo de la bonificación de que se trata son las remuneraciones mensuales del beneficiario en los términos que indica la norma, por lo que, a fin de resolver la consulta planteada es necesario dilucidar si los emolumentos percibidos por concepto de horas extraordinarias constituyen remuneraciones.

109 N° 179 04-01-2008.

110 Comparar con Caso 10.

En tales condiciones, es del caso recordar que, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 5º, letra d), de la ley N° 18.883 -Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales-, por «remuneración» debe entenderse cualquier contraprestación en dinero que el funcionario tenga derecho a percibir en razón de su empleo o función, como, por ejemplo, sueldo, asignación municipal, asignación de zona y otras.

Según se aprecia, la citada norma consagra una noción amplia de «remuneración», enunciando solo a modo ejemplar algunos de los emolumentos que comprende ese concepto.

Ahora bien, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 97, letra c), de la ley N° 18.883, los estipendios derivados de trabajos extraordinarios, correspondientes a la asignación por horas extraordinarias, constituyen compensaciones pecuniarias por tareas impostergables, ordenadas por el alcalde, que deben realizarse fuera de la jornada laboral ordinaria y cuyo pago se verifica con un recargo en las remuneraciones.

De los elementos propios de la asignación por horas extraordinarias se desprende de manera clara que esta es una contraprestación pecuniaria que se percibe en razón del empleo o función y que, por lo tanto, responde plenamente a la definición de remuneración del citado Artículo 5º.

En este contexto, la circunstancia de que la asignación por horas extraordinarias sea, por lo general, de carácter variable y eventual, no afecta su naturaleza remuneratoria, por cuanto en el concepto de remuneración no se advierte que la habitualidad y permanencia de su percepción sea un elemento esencial del mismo, que justifique excluir determinados emolumentos que se perciban en forma eventual, como es el caso de los correspondientes a horas extraordinarias.

En efecto, entre el concepto de remuneración y el de asignación por horas extraordinarias, no existe una diferencia de naturaleza -ambos importan contraprestaciones pecuniarias que se perciben en razón del empleo o función-, sin perjuicio que su percepción pueda ser de carácter permanente o encontrarse supeditada -como acontece, en general, con los pagos por horas extraordinarias- a factores eventuales.

Así, entonces, es dable sostener que el concepto de remuneración aplicable a los funcionarios municipales regidos por la ley N° 18.883, es comprensivo de los estipendios derivados de horas extraordinarias, sin perjuicio, por cierto, de aquellas situaciones específicas en el propio legislador los excluya, sea de manera expresa o que esa exclusión derive de una labor hermenéutica, circunstancias que no concurren respecto de las bonificaciones previstas en la ley N° 20.135.

En este orden de consideraciones, es del caso sostener que tratándose de estas bonificaciones, las remuneraciones mensuales que deben promediarse para los efectos de su cálculo, deben incluir las asignaciones por horas extraordinarias percibidas en el correspondiente período.

En este mismo sentido, cabe destacar que la intención del legislador en orden a considerar los estipendios de que se trata en la determinación del

beneficio en comento se advierte de la base de cálculo del mismo, correspondiente al promedio de las remuneraciones que indica, ya que de ello se desprende que no sólo interesan al efecto las remuneraciones que se perciben en forma permanente sino también aquellas de tipo variable.

Asimismo, tal finalidad se refleja de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.135, toda vez que en las actas legislativas quedó constancia que la idea del proyecto era dar un incentivo efectivo para que el personal en condiciones de jubilarse se retirara del municipio, procurándosele al efecto las mejores condiciones económicas que lo permitiera su nivel remuneratorio¹¹¹.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, la Municipalidad de Maipú deberá calcular las bonificaciones de que se trata de acuerdo a las consideraciones anotadas¹¹².

4.16. Respuesta al caso N° 16: La interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, no suspende los efectos del acto impugnado, de modo que ellos rigen desde su notificación al afectado¹¹³

Como puede apreciarse, fue en el marco de la reclamación contemplada en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, que la Contraloría General, en el año 2000, estableció la excepción a la regla general de que las medidas disciplinarias producen sus efectos desde su notificación. Sin embargo, atendido que el 29 de mayo de 2003, se publicó en el Diario Oficial la ley N° 19.880 -sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado-, que contiene normas sobre el efecto de la interposición de los recursos administrativos en los actos impugnados, no resulta procedente en la actualidad mantener la aludida excepción.

En efecto, el Artículo 57 del referido cuerpo legal expresa que la interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado, sin perjuicio de que la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, pueda suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera en caso de acogerse el recurso.

En ese orden de ideas, se debe manifestar que la existencia de dicho precepto legal impide que esta Contraloría General, en ejercicio de sus potestades dictaminadoras, establezca una excepción a esa regla, que no sea la situación regulada expresamente en dicho precepto o en otra disposición de rango legal.

111 Sesión N° 36, de 14 de junio de 2006, de la Cámara de Diputados, Legislatura N° 354.

112 N° 46.174 12-10-2007.

113 Comparar con Caso 23.

Lo anterior, por lo demás, resulta armónico con el principio que se había establecido en el propio dictamen N° 39.516, de 2000 -en el caso de las medidas disciplinarias que no fueren impugnadas por el recurso del Artículo 156 de la ley N° 18.883-, y con la jurisprudencia de este Organismo de Control contenida en los dictámenes N°s. 29.999, de 1995 y 33.167, de 1996, en cuanto manifiesta que en consideración al principio de ejecutividad de que gozan los actos administrativos, no resulta procedente entender que la interposición de ellos ocasione la suspensión del acto recurrido, más aún si la ley no les ha conferido dicho efecto.

En este orden de ideas, cabe concluir que la interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, en contra de medidas disciplinarias que se aplican en los procesos sumariales incoados en los municipios, no suspende los efectos del acto impugnado, de manera que ellos rigen desde su notificación al afectado, por lo que se reconsidera, en lo pertinente, el dictamen N° 39.516, de 2000 y toda jurisprudencia en contrario.

Precisado lo anterior, y en lo que concierne a la situación concreta que da lugar al presente pronunciamiento, es del caso destacar que de acuerdo a lo informado por la Municipalidad de Pudahuel, el recurrente, luego de la interposición del reclamo del mencionado Artículo 156 de la ley N° 18.883, se mantuvo ejerciendo su cargo directivo, grado 6°, por lo que cabe concluir que se ajustó a derecho de que percibiera las remuneraciones por todo el período en que desempeñó efectivamente su empleo, ya que de lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa en favor de la referida entidad edilicia.

Ahora bien, distinta es la situación de las remuneraciones percibidas durante el período en que el recurrente se encontraba haciendo uso de un feriado, según expresa el municipio, ya que al estar desvinculado del servicio en esa data, y no estar, por tanto, desempeñando su empleo, no le correspondía derecho a feriado alguno, y, consecuentemente, tampoco a remuneración.

No obstante lo anterior, debe precisarse que si bien dicho pago no se ajustó a derecho, no resulta procedente que el alcalde haya dictado el decreto N° 566, de 2006, que se impugna, toda vez que actualmente el recurrente no posee la calidad de funcionario público, sino la de un particular, de manera que lo que corresponde es que esa municipalidad realice todas las gestiones pertinentes para obtener la devolución de las sumas correspondientes, accionando en sede jurisdiccional, si es necesario.

En consecuencia, en mérito de lo expresado corresponde que la Municipalidad de Pudahuel deje sin efecto el decreto N° 566, de 2006, por cuanto un requerimiento para que se restituya una suma de dinero por un particular es una decisión imperativa que sólo podría emanar de los Tribunales de Justicia.

La CGR dictaminó "Reconsiderase, en los términos indicados y, en lo pertinente, el dictamen N° 39.516, de 2000, y toda jurisprudencia en contrario al presente pronunciamiento"¹¹⁴.

114 N° 19.894 07-05-2007.

4.17. Respuesta al caso N° 17: Respecto a si procede exigir al alcalde el cumplimiento de un acuerdo del concejo municipal que lo habría autorizado para transferir un bien mueble de la municipalidad

Al respecto, cabe hacer presente que el Artículo 63, letra h), de la ley N° 18.695, establece, entre otras atribuciones del alcalde, la de enajenar bienes muebles, requiriendo el acuerdo del concejo, en conformidad al Artículo 65, letra e), de la misma ley, solo tratándose de la donación de tales bienes.

Asimismo, debe recordarse que, según lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 65 de la ley N° 18.695, las materias para las cuales el alcalde requiere acuerdo del concejo son de iniciativa de esa autoridad edilicia, de manera que la intervención del concejo queda, en esta materia, subordinada al requerimiento que le formule el alcalde en tal sentido.

En ese contexto, cabe precisar que en la especie el aludido acuerdo fue requerido por una concejal del municipio, el que no puede entenderse vinculante para la autoridad edilicia, ya que lo contrario implicaría atribuir al concejo facultades de gestión del patrimonio municipal que la ley ha entregado a la decisión del alcalde.

En consecuencia, y sin entrar a la problemática relativa al procedimiento para enajenar bienes muebles municipales -a la cual el alcalde también se refiere en su informe como un obstáculo para transferir la línea telefónica al recurrente-, y considerando que la decisión de enajenar esa clase de bienes constituye un aspecto de mérito, cabe concluir que no resulta procedente exigir que esa autoridad deba cumplir el acuerdo municipal invocado¹¹⁵.

4.18. Respuesta al caso N° 18: Se refiere a la emisión de informes por parte de funcionarios municipales a requerimiento de los tribunales de familia

Del análisis de las disposiciones legales, y del contenido que usted estudió en este manual, aparece que para dar una adecuada respuesta a la consulta de la especie, sería necesario pronunciarse acerca del sentido y alcance de las facultades que en las citadas normas legales se les otorgan a los jueces de los Tribunales de Familia, lo cual importa referirse a las potestades de un órgano jurisdiccional, ajeno, por lo demás, a la Administración Pública, por lo que esta Contraloría General carece de atribuciones para manifestarse sobre el particular.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde referirse a la situación estatutaria de los servidores municipales de que se trata, puesto que el ejercicio de sus funciones en los respectivos municipios pudiera verse alterado o entorpecido a consecuencia de la participación de aquellos en los procesos judiciales en comento.

115 N° 54.636 30-11-2007.

Al respecto, es dable anotar que de acuerdo a lo previsto en el citado Artículo 45, la obligación de elaborar los mencionados informes periciales, no recae directamente en los funcionarios públicos, sino que en el «órgano público» del cual ellos dependen, motivo por el cual, la confección de dichos informes representa, para los respectivos servidores del órgano emplazado, una obligación vinculada directamente con el desarrollo de las labores propias de sus cargos.

En relación con lo anterior, resulta necesario indicar que el deber que, de conformidad con el referido Artículo 46, asiste a los empleados públicos que hayan confeccionado los informes de que se trata, para concurrir a declarar ante el juez, es una consecuencia de la obligación de elaborar tales pericias, por lo que dicho deber también se encuentra vinculado al ejercicio de las funciones del cargo.

Atendido lo anterior y, en armonía con lo informado por esta entidad fiscalizadora a través del dictamen N° 13.751, de 2005, corresponde manifestar que el órgano público al cual se le solicitare la elaboración de un informe pericial, conforme a las normas en estudio, deberá disponer las medidas necesarias y otorgar las facilidades pertinentes, para que sus funcionarios procedan a cumplir tales cometidos, asumiendo, por cierto, los costos que ello pueda ocasionar¹¹⁶.

4.19. Respuesta al caso N° 19: En cuanto a si las atribuciones de los municipios para efectuar tareas de alumbrado, limpieza de áreas verdes y aseo en loteos irregulares, pueden implicar la realización de obras permanentes que impidan regularizar dichos terrenos

En primer término, es necesario anotar que el dictamen aludido se ha basado, por una parte, en los artículos 3°, 4°, 5°, letra c) y 25 de la ley N° 18.695; en el Artículo 1° de la ley N° 16.742 y en diversos dictámenes de la CGR -N°s 28.776, de 1991, 32.671, de 1993, 6.190, de 1994 y 14.390, de 1997- y, por la otra, en que la situación examinada se refería a loteos irregulares cuyos terrenos, en su mayoría, eran de propiedad de sus ocupantes.

En ese orden de ideas, se debe precisar que si bien los municipios pueden incurrir en gastos a fin de satisfacer necesidades básicas a la comunidad local, tendientes a proteger la salud pública y la seguridad ciudadana, las medidas que se adopten para ello en modo alguno pueden significar la consolidación de situaciones irregulares, de manera que la implementación de las mismas debe necesariamente considerar el contexto jurídico y de hecho en que se aplican.

Siendo así, en ningún caso puede entenderse que el dictamen de que se trata ha permitido al municipio dejar de cumplir con sus obligaciones relativas a la normativa urbanística y de construcción, sino que, por el contrario, los órganos competentes deben llevar a cabo las acciones y medidas que sean conducentes para regularizar los loteos aludidos.

Por lo mismo, la satisfacción de necesidades básicas en la situación examinada -alumbrado, servicio de extracción de basura, mantención de áreas verdes- no puede implicar la realización de obras municipales de carácter permanente que generen un obstáculo a la posibilidad de adoptar las medidas que en derecho correspondan para ajustar la situación examinada al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la Contraloría General determinará las responsabilidades administrativas que sean procedentes respecto de las acciones que han llevado a cabo las autoridades y funcionarios en la situación descrita, considerando que no es efectivo que los municipios cuenten con amplias facultades para efectuar, respecto de loteos irregulares, gastos de cualquier naturaleza, por cuanto, como se ha señalado, tales gastos deben circunscribirse a los criterios establecidos en el dictamen a que se ha hecho alusión, y en el contexto de las especiales características de la situación examinada.

Se complementa y aclara el dictamen N° 45.541, de 2006, en los términos precedentemente señalados¹¹⁷.

4.20.Respuesta al caso N° 20: Sobre derecho del funcionario municipal suplente a percibir viáticos¹¹⁸

Es dable puntualizar que la jurisprudencia de la CGR, ha precisado mediante los dictámenes N°s 9.425 y 47.597, ambos de 2000, entre otros, que los viáticos constituyen estipendios eventuales o accidentales que no se encuentran comprendidos dentro del concepto de remuneración, el que se encuentra conformado por aquellos montos, pagados en forma habitual y permanente a los funcionarios públicos.

Asimismo, se ha expresado, mediante dictámenes N°s 43.106, de 2000 y 30.208, de 2002, que los viáticos se pagan en relación a las rentas percibidas al momento en que aquéllos se devengan, sin que incidan posteriores modificaciones, a menos que exprese¹¹⁹.

4.21.Respuesta al caso N° 21: Respecto a si el alcalde está obligado a convocar a plebiscito para aprobar el plan regulador comunal

Pues bien, como puede apreciarse de los antecedentes tenidos a la vista, en la especie no se ha planteado, en la forma que exige la ley, ninguna iniciativa por la cual se requiera la convocatoria a plebiscito, y, además, el recurrente no

117 N° 2.767 17-01-2007.

118 Comparar con Caso 14.

119 N° 22.580 22-05-2007.

ha alegado que en el procedimiento de elaboración del nuevo plan regulador comunal se haya incurrido en algún vicio que afecte su legalidad.

En tales condiciones, no siendo obligatorio, dentro del procedimiento de aprobación del aludido instrumento de planificación territorial, que el alcalde convoque a plebiscito comunal, resulta inoficioso, en esta oportunidad, entrar al análisis del otro aspecto consultado por el recurrente -para los efectos de determinar la procedencia del mecanismo plebiscitario en comento-, como es el relativo a la naturaleza de plan regulador de que se trata, esto es, si puede ser calificado como una modificación de plan y si constituye o no una materia de interés general.

En consecuencia, cabe concluir que el alcalde de la Municipalidad de Providencia no se encuentra obligado a convocar a plebiscito comunal para aprobar los instrumentos de planificación territorial y que, en la especie, no se advierte que ese municipio haya incumplido con los trámites que el ordenamiento jurídico exige para elaborar planes reguladores comunales.

En todo caso, se remite, para su conocimiento, fotocopia del oficio N° 1.055, de 2006, y del memorándum N° 23.245, de 2006, de la Asesoría Jurídica y de la Secretaría Comunal de Planificación, respectivamente, a través de los cuales la aludida municipalidad ha informado sobre la materia consultada¹²⁰.

4.22. Respuesta al caso N° 22: Procedimiento para que un funcionario con residencia en el extranjero, por encontrarse en comisión de estudio, declare en un sumario administrativo

Al respecto cabe señalar, en primer término, que el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, aprobado por la ley N° 18.883, establece claramente el procedimiento de toda investigación sumaria y sumario administrativo, al tratar en el Título V «De la Responsabilidad Administrativa».

En dicha normativa se instituyen las normas y principios que deben respetarse ante la eventualidad de cualquier proceso sumarial, a fin de garantizar una adecuada defensa a los inculpados y configurar un debido procedimiento.

En este contexto, como cuestión previa, es dable manifestar que, específicamente, el Artículo 129 de dicho estatuto, señala que las notificaciones deberán realizarse personalmente y si el funcionario no es habido por dos días consecutivos en su domicilio o en su lugar de trabajo, se lo notificará por carta certificada, de lo cual deberá dejarse constancia.

De lo anteriormente expresado se colige que no se ha considerado relevante para la aplicación de dicha disposición legal, si el domicilio del afectado se encuentre situado dentro del país o en el extranjero; lo que sí resulta esencial es que se dé cabal cumplimiento a la regla de emplazamiento establecida en el Artículo 129 de la ley N° 18.883.

120 N° 6.630 09-02-2007.

Sin embargo, y, en atención a que todo procedimiento sancionatorio debe respetar el principio del debido proceso, no vulnerando las garantías constitucionales consagradas a ese respecto, es que, en caso de encontrarse el afectado fuera del país, se deben agotar todas las diligencias que sean necesarias para averiguar el domicilio o residencia que tenga en el extranjero, a fin de remitir a este, una carta certificada comunicándole la instrucción del proceso, así como cualquier otra diligencia; entre ellas la que ahora nos interesa, que es la de requerir su testimonio.

Dicha diligencia se realizará, haciéndole llegar un listado de preguntas atinentes, conminándolo a dar respuesta en un plazo prudencial, fijado por el fiscal del proceso (aplica dictamen N° 6.448, de 1991).

Se debe hacer presente además, que de acuerdo al criterio aplicado en la jurisprudencia ya señalada, la ausencia del inculpado durante la sustanciación del proceso no puede obstar a la prosecución de este, ni impide establecer la responsabilidad correspondiente. Es todo cuanto cabe informar al tenor de lo solicitado¹²¹.

4.23.Respuesta al caso N° 23: Respecto a si la interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la Ley N° 18.883, en contra de las medidas disciplinarias aplicadas por los municipios, suspende los efectos del acto impugnado¹²²

Al respecto, se debe anotar, en primer término, que sobre la base de lo establecido en el Artículo 53 de la ley N° 18.695 -que exime de toma de razón las resoluciones municipales, pero las somete a registro cuando afecten a funcionarios municipales-, esta Contraloría General manifestó en el mencionado dictamen N° 39.516, de 2000, en lo que interesa, que como regla general, el trámite de registro consiste en una mera constancia o anotación material del acto respectivo en los registros que este Organismo lleva al efecto, por lo que no constituye en sí un control preventivo de legalidad, y, por ende, los decretos alcaldicios relativos al personal rigen in actum, esto es, desde la fecha de su notificación al afectado, sin que su eficacia se subordine al aludido trámite.

Enseguida, y refiriéndose específicamente a los actos alcaldicios sancionatorios se expresó que la circunstancia de que ellos rijan desde su notificación al afectado, antes de su registro, como el resto de las resoluciones municipales relativas al personal, no inhibe a esta Entidad para pronunciarse sobre los vicios de legalidad de que puedan adolecer, sin embargo, a fin de reforzar el ejercicio de las facultades de control de legalidad de esta Entidad Fiscalizadora, y con el objeto de otorgar una mayor protección al afectado frente a la administración municipal, se hacía

121 N° 46.174 12-10-2007.

122 Comparar con Caso 14.

necesario reconocer como vía de impugnación de tales actos el recurso previsto en el Artículo 156 de la ley N° 18.883.

Se añadió en el mismo dictamen, que para que la incorporación de ese reclamo a los procedimientos sumariales que se sustancian por las municipalidades resguarde efectivamente los derechos de los afectados, era necesario que la autoridad edilicia, al tomar conocimiento de su interposición, suspendiera la materialización de la medida dispuesta, mientras el reclamo no fuera atendido por esta Entidad de Control.

Como puede apreciarse, fue en el marco de la reclamación contemplada en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, que esta Contraloría General, en el año 2000, estableció la excepción a la regla general de que las medidas disciplinarias producen sus efectos desde su notificación. Sin embargo, atendido que el 29 de mayo de 2003, se publicó en el Diario Oficial la ley N° 19.880 -sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado-, que contiene normas sobre el efecto de la interposición de los recursos administrativos en los actos impugnados, no resulta procedente en la actualidad mantener la aludida excepción.

En efecto, el Artículo 57 del referido cuerpo legal expresa que la interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado, sin perjuicio de que la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, pueda suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera en caso de acogerse el recurso.

En ese orden de ideas, se debe manifestar que la existencia de dicho precepto legal impide que esta Contraloría General, en ejercicio de sus potestades dictaminadoras, establezca una excepción a esa regla, que no sea la situación regulada expresamente en dicho precepto o en otra disposición de rango legal.

Lo anterior, por lo demás, resulta armónico con el principio que se había establecido en el propio dictamen N° 39.516, de 2000 -en el caso de las medidas disciplinarias que no fueren impugnadas por el recurso del Artículo 156 de la ley N° 18.883-, y con la jurisprudencia de este Organismo de Control contenida en los dictámenes N°s. 29.999, de 1995 y 33.167, de 1996, en cuanto manifiesta que en consideración al principio de ejecutividad de que gozan los actos administrativos, no resulta procedente entender que la interposición de ellos ocasione la suspensión del acto recurrido, más aún si la ley no les ha conferido dicho efecto.

En este orden de ideas, cabe concluir que la interposición de la reclamación prevista en el Artículo 156 de la ley N° 18.883, en contra de medidas disciplinarias que se aplican en los procesos sumariales incoados en los municipios, no suspende los efectos del acto impugnado, de manera que ellos rigen desde su notificación al afectado, por lo que se reconsidera, en lo pertinente, el dictamen N° 39.516, de 2000 y toda jurisprudencia en contrario.

Precisado lo anterior, y en lo que concierne a la situación concreta que da lugar al presente pronunciamiento, es del caso destacar que de acuerdo a lo

informado por la Municipalidad de Pudahuel, el recurrente, luego de la interposición del reclamo del mencionado Artículo 156 de la ley N° 18.883, se mantuvo ejerciendo su cargo directivo, grado 6°, por lo que cabe concluir que se ajustó a derecho que percibiera las remuneraciones por todo el período en que desempeñó efectivamente su empleo, ya que de lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa en favor de la referida entidad edilicia.

Ahora bien, distinta es la situación de las remuneraciones percibidas durante el período en que el recurrente se encontraba haciendo uso de un feriado, según expresa el municipio, ya que al estar desvinculado del servicio en esa data, y no estar, por tanto, desempeñando su empleo, no le correspondía derecho a feriado alguno, y, consecuentemente, tampoco a remuneración.

No obstante lo anterior, debe precisarse que si bien dicho pago no se ajustó a derecho, no resulta procedente que el alcalde haya dictado el decreto N° 566, de 2006, que se impugna, toda vez que actualmente el recurrente no posee la calidad de funcionario público, sino la de un particular, de manera que lo que corresponde es que esa municipalidad realice todas las gestiones pertinentes para obtener la devolución de las sumas correspondientes, accionando en sede jurisdiccional, si es necesario.

En consecuencia, en mérito de lo expresado corresponde que la Municipalidad de Pudahuel deje sin efecto el decreto N° 566, de 2006, por cuanto un requerimiento para que se restituya una suma de dinero por un particular es una decisión imperativa que sólo podría emanar de los Tribunales de Justicia.

Reconsiderábase, en los términos indicados y, en lo pertinente, el dictamen N° 39.516, de 2000, y toda jurisprudencia en contrario al presente pronunciamiento¹²³.

4.24.Respuesta al caso N° 24: Se refiere a las facultades de fiscalización de las unidades de control municipal respecto de las corporaciones municipales

Corresponde, para analizar este caso, tener en consideración que el Artículo 135 de la referida ley N° 18.695 -refiriéndose a las corporaciones y fundaciones de participación municipal- establece textualmente que «la fiscalización de estas entidades será efectuada por la unidad de control de la municipalidad, en lo referente a los aportes municipales que les sean entregados».

Por su parte, el Artículo 136 del mismo texto legal dispone, en su inciso primero, que «sin perjuicio de lo establecido en los artículos 6° y 25 de la Ley N° 10.336, la Contraloría General de la República fiscalizará las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza y aquellas

123 N° 1.264 10-01-2008.

constituidas en conformidad a este título, con arreglo al Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, del año 1980, del Ministerio del Interior, o de acuerdo a cualquiera otra disposición legal, respecto del uso y destino de sus recursos, pudiendo disponer de toda la información que requiera para este efecto».

El inciso segundo de aquel Artículo señala, a continuación, que «la unidad de control municipal respectiva tendrá, en los mismos términos, la facultad fiscalizadora respecto de estas entidades».

Al respecto, cabe, en primer término, anotar que, según se viera, el Artículo 135 le encomienda a la unidad de control de la municipalidad, la fiscalización de las corporaciones y fundaciones de participación municipal, en cuanto dice relación específicamente con los aportes municipales que ellas perciban.

Enseguida, el Artículo 136, en su inciso primero, contiene un precepto que tiene por objeto regular las potestades fiscalizadoras que la Contraloría General tiene sobre el uso y destino de la totalidad de los recursos de las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, entre las cuales se incluyen las corporaciones y fundaciones municipales de derecho privado, sin fines de lucro, regidas por el mencionado Párrafo 1° del Título VI.

Ahora bien, el inciso segundo del mismo Artículo 136, también alude a la labor fiscalizadora de la unidad de control municipal, aún cuando ya el Artículo 135 ha determinado claramente el objeto sobre el cual recae tal labor. Es por ello que se hace necesario dilucidar, en este punto, el alcance de este precepto, precisar el ámbito de las facultades de fiscalización que corresponde a esas unidades edilicias y determinar el sentido de que su ejercicio proceda «en los mismos términos» que las potestades que la ley encomienda a la Contraloría General.

En este orden de ideas, se debe tener presente, en primer lugar, que el mencionado Artículo 135 constituye una norma especial, referida expresamente a la esfera de las potestades fiscalizadoras que la unidad de control del municipio respectivo debe ejercer respecto de las fundaciones y corporaciones aludidas, siendo ello concordante con las facultades de fiscalización que, en conformidad a lo preceptuado en el Artículo 133 de la ley N° 18.695 tiene a la vez el concejo sobre esas entidades privadas, respecto del uso de los aportes o subvenciones municipales, y, además, con la función que el Artículo 29, letra d), otorga a la propia unidad de control, en orden a colaborar directamente con dicho concejo, para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras.

Lo antes expresado obliga entonces a dar una interpretación armónica a los artículos 135 y 136 de aquel cuerpo legal, de manera que entre ambos preceptos haya una debida concordancia. Así, cuando el inciso segundo del Artículo 136, determina que la unidad de control tendrá, «en los mismos términos», la facultad fiscalizadora respecto de las organizaciones como las corporaciones y fundaciones regidas por el párrafo en comento, no cabe entender que el alcance de dicha frase, sea otorgarle a esa oficina municipal el mismo ámbito de control que le corresponde ejercer a esta Entidad Superior de Control

al amparo del inciso primero del susodicho Artículo 136, sino que solo tiene por finalidad reconocerle a tal dependencia municipal especialmente la prerrogativa de recabar y disponer también de toda la información o antecedentes que requiera para el debido cumplimiento de su función fiscalizadora en relación con esas entidades, en el ámbito que la ley le ha fijado.

Un criterio diferente implicaría aceptar que respecto de la labor de control que le cabe desarrollar a la unidad municipal de que se trata, existirían dos normas que le otorgarían atribuciones distintas, en términos contradictorios, lo que pugna con la debida precisión, claridad y certeza de que debe tener toda disposición legal que regula una materia especialmente relevante como es la labor de fiscalización. Ello más aún si se considera que el inciso primero del Artículo 136, es una norma que regula el control que le compete ejercer a la Contraloría General respecto de las corporaciones y fundaciones mencionadas.

Atendido el análisis expuesto, se debe puntualizar, entonces, que el criterio contenido en el dictamen N° 1.362, de 2000, en cuanto sostiene que la función fiscalizadora que el Artículo 136 le confiere a este Organismo Contralor respecto de las corporaciones culturales regidas por el Párrafo 1° del Título VI de la ley N° 18.695, se extiende sobre la totalidad de los recursos de esas entidades, no resulta, en cambio, aplicable a la labor de esa índole que la unidad de control de la municipalidad tiene en torno a tales organizaciones, pues esta se limita, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 135 de ese cuerpo legal, a los aportes que la respectiva municipalidad les hubiere entregado, sin perjuicio de la facultad de dichas unidades de control de solicitarles a los organismos mencionados, toda la información que requieran para el debido cumplimiento de su labor, de acuerdo con los términos del inciso segundo del Artículo 136 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En consecuencia, se debe concluir que la facultad de fiscalización que debe ejercer la Unidad de Control de la Municipalidad de Antofagasta, a la luz de lo preceptuado en el Artículo 135 de la ley N° 18.695, respecto de las corporaciones y fundaciones de participación municipal, solo alcanza a lo relativo a los aportes municipales que les sean entregados a ellas, en las condiciones anotadas, de manera que tal labor no puede extenderse a los recursos propios ni a otros caudales distintos que perciban esas organizaciones, lo cual, por cierto, es sin perjuicio de la obligación que a estas últimas les impone el Artículo 133 de ese texto legal, en el sentido de informar, en general, a ese municipio, acerca de sus actividades y del uso de sus fondos.

GLOSARIO

Abuso de autoridad: Ejercicio excesivo de la autoridad confiada al personal de nivel jerárquico dentro de una organización.

Bien común: Conjunto de condiciones de la vida social, que hacen posibles a las asociaciones y a cada uno de los miembros de la sociedad el logro más pleno y más oportuno de la propia perfección.

Bases de la Institucionalidad: Afirmaciones valóricas que representan los principios básicos sobre los que descansa el consenso mínimo de la sociedad chilena.

Censura: Revisión previa y sistemática de las opiniones que se van a emitir o expresar, existiendo la capacidad del órgano censor de prohibir la emisión de dichas opiniones, sin importar si hay conflicto o no.

Constitución: Norma jurídica que, dotada de rigidez y supremacía, establece las bases del Poder Estatal, las funciones y potestades que los órganos del Estado pueden ejercer, las garantías individuales cuyo respeto los gobernados pueden exigir.

Control de Constitucionalidad: Conjunto de medios y órganos existentes en el ordenamiento jurídico que tienen por objeto velar por que los actos cumplan con los requisitos de forma y de fondo en la Constitución.

Cuestión de Constitucionalidad: Controversia que se suscita entre parlamentarios con relación a la constitucionalidad de un determinado precepto de proyecto de ley o bien respecto del proyecto en su totalidad, de la cual se deja constancia en las actas respectivas.

Derecho Constitucional: Conjunto de principios y normas que tiene por objeto limitar el poder estatal y establecer derechos y garantías para todas las personas.

Doctrina: Conjunto de ideas y opiniones religiosas, filosóficas, políticas, económicas, etc., sustentadas y defendidas por una persona o grupo. Opinión que comparten y procesan los más destacados estudiosos, investigadores y autores que han escrito sobre una misma materia

Estado de Derecho: La existencia de un ordenamiento jurídico que se impone a gobernantes y gobernados, determinando su completa e integral sujeción a la Constitución y a la Ley.

Formas de Estado: Modo como se estructura el Estado mismo y como se organizan y relacionan sus diversos elementos. Apunta a resolver el problema de cómo se organiza el Estado o cómo se ejerce el poder. Los elementos del Estado que se organizan son Territorio, Población y Poder o Soberanía.

Formas de Gobierno: Modo como se estructura un elemento del Estado que es el Poder. Establece la manera de organizar y distribuir la estructura y competencia de los órganos que componen el Gobierno. Apunta a la pregunta de quién ejerce el poder.

Función Jurisdiccional: Acto de aplicación de las normas jurídicas para resolver conflictos suscitados entre particulares, entre órganos estatales, entre particulares y el estado etc. (Marinozzi).

Hacienda: Coordinación económica de la actividad humana y de los bienes.

Nación: Sustrato que recorre el cuerpo social, que tiene su origen en una multiplicidad de elementos de tipo geológico, étnico, ideológico, religioso y cultural, que reconoce un pasado y un destino futuro común.

Nulidad de Derecho Público: Sanción que establece la Constitución para aquellos actos a los que faltan los requisitos de validez que la Constitución exige, cuales son investidura regular de quien emana, competencia de quien emana y formalidad legal del acto. Remítase a los Arts. 6º y 7º de la CPR.

Orden Público Económico: Adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida de lo posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al Bien Común y a la plena realización de la persona humana.

Partidos Políticos: Sociedades internas políticas que tienden a buscar la conducción del Estado o ejercer influencia directa o indirectamente en la conducción de este.

Población: Conjunto de personas humanas racionales y trascendentes que conviven con el grupo o sociedad mayor, formado por los individuos y sus familias y, al mismo tiempo, por todos los grupos menores y sociedades naturales y voluntarias, que desarrollan sus actividades en el seno de la colectividad.

Principio de Autonomías Sociales: Es el derecho de las sociedades de autogobernarse con libertad hacia su propio fin, con independencia de cualquier otra sociedad intermedia mayor y del Estado.

Principio de Supremacía Constitucional: Principio que establece que las normas de un ordenamiento jurídico deben encontrarse en conformidad con la Constitución.

Principio de Vinculación Directa a la Constitución: Todo acto al interior del Estado debe ubicarse en el ámbito de la Supremacía Constitucional.

Subsidiario: Acción o responsabilidad que sustituye o abastece a otra principal.

Territorialidad de las Normas: Determina que las leyes son obligatorias para todos los individuos que se encuentren en el territorio del respectivo Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI-SOMARRIVA (1980). *Curso de Derecho Civil*. T.I. Jurídica, Santiago.
- ARISTÓTELES (1992). *Política*. F.C.E., México.
- BORDEAU, G (1998). *El Estado*, F.C.E.; Bs. As.
- CASSIRER, E. (1999). *El mito del Estado*, F.C.E., México
- CROSSMAN, R. (1965). *Biografía del Estado Moderno*, F.C.E., México.
- CUMPLIDO, F. (1987). *Derecho Político*, I. CH., E. H. Santiago.
- DUVERGUER, M. (1980). *Sociología Política*, Ariel, Barcelona.
- HOURIOU, M (1930). *Principios del Derecho Constitucional*, Serey, Paris.
- HOBBS, T. (1984). *Leviatán*, Sarpe, Barcelona.
- KELSEN, H. (1925). *Teoría del Estado*, Nacional, México.
- (1959). *Teoría General del Estado*, Nacional, México.
- MAQUIAVELO, M. (1998). *El Principio*, U. Católica, Santiago.
- MARITAIN, J. (1988). *La persona y el bien común*, Club lectores, Buenos Aires.
- (1984). *El hombre y el Estado Pacífico*, Santiago.
- MONTESQUIEU (1994). *Del Espíritu de las leyes*, Espasa, Madrid.
- NOGUEIRA, H. (1987). *Derecho Político*. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago.
- OLIVAS E., ESTER (1997) *Historia de la Administración pública*. DPEAT, Upla, Valparaíso.
- ROUSSEAU, J. (1983). *El contrato social*, Espasa, Madrid.
- REYES, R. JORGE (2002). *Invalidez de actos administrativos*, Lexis Nexis, Santiago.
- SILVA B., A. (1980). *Derecho Político*, Jurídica de Chile, Santiago.
- SILVA C., E. (1988). *Derecho Administrativo*, Jurídica de Chile, Santiago.
- SILVA S., F. (1984). *Nociones de Educación Cívica*. S/ed, Viña del Mar.
- SUAZO A., M. (1999). *Ciencias Sociales*, DPEAT, Upla, Valparaíso.
- (2004). *Derechos del funcionario público*. DPEAT, Upla, Valparaíso.
- (2004) *Derechos Constitucionales*. DPEAT, Upla, Valparaíso.

