

La descentralización funcional ficta en la Administración del Estado

The false functional decentralization in the state administration

Juan Paillán Aguilar*

Este trabajo tiene por objeto establecer el concepto de “descentralización funcional ficta”, clasificándola según su carácter en absoluta y relativa con el propósito final de analizar algunos de los servicios del ordenamiento jurídico chileno donde se configura esta distorsión de la descentralización.

Abstract: This work aims to establish the concept of “false functional decentralization”, classifying it after its absolute or relative characteristics with the final purpose of analyzing some of the Chilean legal systems services where the distortion of the decentralization takes place.

Palabras clave: Descentralización funcional; administración del Estado; jerarquía.

Keywords: Functional decentralization, state administration, hierarchy.

Introducción

En el año 1991, don ALEJANDRO VERGARA afirmaba que la descentralización, como tal, no tiene ninguna aplicación actual en Chile, y solo se aplica su “pariente pobre”, que es la desconcentración¹. La afirmación antes expuesta no es baladí, y es que el contexto jurídico administrativo en ese entonces dista mucho de la realidad de hoy en día. En aquel tiempo, las facultades que normalmente se tienen en virtud de la supervigilancia estaban en extremo excedidas, así, verbigracia, según la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, los Ministros de Estado podían conocer de las apelaciones deducidas en contra de las sanciones aplicadas por los jefes de servicios descentralizados². Por lo cual, la potestad disciplinaria de estos se veía diluida frente a la instancia de apelación. Han transcurrido 25 años desde la afirmación de VERGARA y el panorama ha cambiado, la jurisprudencia mutó, se dictaron nuevas leyes y se reformaron otras. Sin embargo, los servicios descen-

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: jipaillan@uc.cl

Recibido el 7 de septiembre de 2017 y aceptado el 8 de mayo de 2018.

¹ VERGARA 1991a, 340.

² Dictamen N° 5.464 (1991).

tralizados funcionalmente se han quedado atrás de esta evolución sistemática del Derecho Administrativo, empero, la afirmación de que en Chile no hay descentralización, sino que desconcentración, debe ser matizada. Actualmente, estamos en presencia de otro fenómeno jurídico que ha pasado un tanto desapercibido por la doctrina nacional en los últimos años, este es la descentralización funcional ficta, la cual, como una primera aproximación, se produce cuando se crean personas jurídicas pero sometidas a un control total³.

La centralización y la descentralización administrativa han sido bastante tratadas por la doctrina como sistemas de organización administrativa. En este sentido, ha sido la descentralización el sistema que nuestro ordenamiento jurídico ha propendido desde el siglo XX, en especial con la Constitución del año 1925, la cual consagró la descentralización territorial, instituyendo las Asambleas Provinciales y las Municipalidades. Por su parte, la descentralización funcional ha tenido un desarrollo más lento, siendo la Ley N° 17.284 que modificó la Constitución, un importante precedente en esta materia.

Por otra parte, es necesario considerar cuál es la naturaleza jurídica de los servicios que se enmarcan dentro de la descentralización funcional, así, la doctrina ha debatido bastante sobre el tema, ya que en esta discusión aparecen términos tales como autonomía, autarquía, servicios semifiscales, así como también servicios descentralizados funcionalmente de carácter legal y constitucional. A este respecto, es menester expresar que el presente trabajo no ahondará en tales discusiones por la extensión de estas, centrando el eje del estudio en establecer cuándo nos encontraremos ante un servicio descentralizado funcionalmente ficto. No obstante, y considerando la importancia del término 'autonomía' para esta investigación, diremos que es aquella que concierne a las facultades que tiene el Presidente de la República en relación a determinados órganos que integran la Administración del Estado, respecto de los cuales no existe un vínculo de jerarquía y los mecanismos de tutela o supervigilancia son bastante atenuados⁴.

Finalmente, y con el objeto de precisar el título del estudio, sostendremos que la Administración chilena posmoderna habría de reconocerse estructurada en una Administración nacional, constituida por las administraciones centralizada y descentralizada, y por una Administración acentralizada, ya fuere de carácter funcional, como la Contraloría General de la República, o territorial, como los municipios o los Gobiernos Regionales⁵.

I. Fundamentos normativos y doctrinales

Los cimientos de la descentralización administrativa, en nuestro ordenamiento jurídico, los encontramos en nuestra Constitución, más precisamente en el

³ GARCÍA-TREVIJANO 1967, 442.

⁴ CORDERO 2012, 21.

⁵ PANTOJA 2010, 23.

artículo 3º, el cual dispone que la descentralización podrá ser territorial o funcional, correspondiendo a la ley definir los casos concretos en que opera esta técnica de reparto de potestades. Sin perjuicio de ello, la propia Constitución se encarga de crear algunos órganos descentralizados de carácter funcional y territorial, atribuyéndole, asimismo, las funciones constitucionales básicas⁶. En lo teórico, nos encontramos frente a un Estado Unitario Complejo, es decir aquel que comporta una descentralización administrativa, pues, en un plano político, la descentralización constitucional o legislativa nos llevaría a una forma política federal o regional⁷.

Lo anterior debe complementarse con el artículo 38º de nuestra Carta Magna, el cual encarga a una ley orgánica constitucional la organización básica de la administración pública, haciendo referencia este precepto a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, la cual preceptúa en sus artículos 29º y 30º el contenido básico de los servicios públicos centralizados y descentralizados.

La LOCBGAE consagra en su artículo 29º inciso segundo cómo entiende la legislación nacional a los servicios descentralizados –igualmente denominados por la doctrina como agencias independientes–, entregando, más bien, una definición descriptiva, disponiendo que: *“Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial”*. De este artículo se desprenden tres de las principales características de los servicios públicos descentralizados, esto es, i) la personalidad jurídica, ii) el patrimonio propio y iii) la supervigilancia a la que están sometidos. Por otra parte, según dispone el artículo 36º de la ley en comento, es el jefe superior de estos servicios quien detenta la representación judicial y extrajudicial del servicio descentralizado. Las situaciones mencionadas anteriormente, constituyen las principales características que por años nuestra doctrina ha reconocido a este tipo de servicios públicos, es decir, personalidad jurídica, patrimonio propio, vínculo de supervigilancia y representación judicial y extrajudicial, admitiéndose, además, por el carácter que implican estos servicios, que tienen una función o cometido de carácter especial⁸ y que están dotados de autonomía, lo cual ha sido entendido, por la doctrina, como la facultad de realizar su cometido administrativo sin sujeción a la jerarquía del poder central⁹. De esta forma, según SILVA CIMMA, debe entenderse por descentralización administrativa funcional aquella en que se entrega a órganos personificados e independientes de la autoridad central,

⁶ FERRADA 1999, 121.

⁷ FERRANDO 1986, 49.

⁸ ARGANDOÑA 1982, 90.

⁹ Historia de la Ley N° 18.575, 34.

un patrimonio y un conjunto de atribuciones tendientes a cumplir un fin administrativo de carácter nacional¹⁰.

Conviene, igualmente, para objeto de un posterior análisis, realizar un breve repaso de las características de los servicios centralizados, los cuales consagra la LOCBGAE en el artículo 29° inciso primero, estipulando que: *“Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente”*. Según lo expresado, estos servicios serían la antítesis de los descentralizados, caracterizándolos la ley como servicios que actúan con la personalidad jurídica del fisco, sometidos a la dependencia del Poder Central, el cual también tiene su representación judicial y extrajudicial.

Ahora bien, los conceptos antes entregados obedecen, exclusivamente, a una construcción desde la normativa nacional, la cual se aleja bastante del concepto más purista de la descentralización, en este sentido GARRIDO FALLA citando a DUGUIT¹¹, enuncia los elementos que debe incluir este tipo de descentralización, a saber; i) un servicio público de orden particularmente técnico; ii) un determinado sistema para elegir de entre los funcionarios a aquellos que han de dirigir el servicio; iii) un estatuto legal de los funcionarios, que les ponga a cubierto de las arbitrariedades de los gobernantes; iv) garantías que aseguren un control de Gobierno; v) responsabilidad personal y efectiva de los funcionarios.

Como bien se aprecia, la descentralización nacional no satisface los requisitos enumerados, siendo nuestra normativa bastante débil frente a las concepciones doctrinarias. No obstante cumplir con los presupuestos básicos de la descentralización, en la práctica, esta, es ficta o si se quiere mirar de otra manera, es una centralización relativa, la cual supone, junto al órgano central que dirige la actividad, la existencia de órganos no centrales que participan en la misma. La superioridad del órgano o de los órganos centrales se manifiesta en la autoridad jerárquica que ejercen sobre los órganos no centrales¹².

II. Elementos para configurar la descentralización funcional ficta

Para entender la descentralización funcional ficta, es menester precisar dos conceptos claves: supervigilancia y el principio de jerarquía, este último vinculado con el concepto de dependencia. Nuestro ordenamiento jurídico no define ni tampoco delimita el alcance de la “supervigilancia”, no obstante, nuestro ente contralor ha expresado que *“...la relación de supervigilancia se traduce en que este tipo de entidades cuentan con un grado de independencia para el cumplimiento de sus fines y para la gestión de sus haberes,*

¹⁰ SILVA 1995, 161.

¹¹ GARRIDO 1948, 817.

¹² FERRANDO 1986, 52.

debiendo ejecutar los planes, políticas y programas definidos por el Primer Mandatario para el respectivo sector"¹³. El grado de independencia con que los servicios descentralizados deben ejercer sus funciones debe traducirse en que estos no pueden recibir órdenes o instrucciones por parte del Poder Central. De esta forma, la supervigilancia no comprende un "deber de obediencia" –el cual se manifiesta bajo el principio de jerarquía–, puesto que los servicios descentralizados o agencias independientes no son subordinados del Jerarca Máximo, sin embargo, y tal como ha dicho la Contraloría en el citado dictamen, deben ejecutar los planes, políticas y programas definidos por el Primer Mandatario, lo cual se encuentra en concordancia con el principio de coordinación que rige a nuestra administración. Luego, y según lo expresado por el profesor FERNANDO ATRIA en la discusión de la Ley N° 20.860, el vínculo de supervigilancia implica que la administración central retiene responsabilidad por la coordinación de los diversos servicios y por los planes generales de desarrollo de la función respectiva, aunque no por las decisiones que los servicios adopten en desempeño de estos¹⁴.

Dicho lo anterior, es dable expresar que el poder jerárquico es el conjunto de poderes jurídicos que la ley atribuye o confiere a determinado órgano de la Administración del Estado con la finalidad de ejercer las funciones de dirección en un ente, organismo o servicio integrante de ella¹⁵. Asimismo, según EDUARDO CORDERO¹⁶, la dependencia –vínculo por el cual se rigen los servicios centralizados con respecto al jerarca máximo– da lugar a una relación de jerarquía entre la máxima autoridad del Estado y el servicio público, ello explica que también se le denomine vínculo de jerarquía. En razón de lo anterior, se entiende que la jerarquía otorga un conjunto de poderes o facultades que son inherentes a tal calidad. Las potestades del jerarca –de acuerdo con ARGANDOÑA– conciernen a dos materias principales: i) los poderes que él tiene para cumplir sus funciones o cometidos de su cargo; y ii) los que se refieren a la dirección, coordinación y control del o de los órganos que encabeza. En las primeras se ubican la potestad de mando; la potestad normativa; la potestad sancionadora; la de nombrar y remover, con arreglo a la ley, a los funcionarios; y, en general, la de realizar todos los actos indispensables para el cumplimiento de sus cometidos. Mientras que la segunda materia se relaciona con los poderes de dirección y control sobre la acción de los órganos y funcionarios que le están subordinados¹⁷. Todas estas potestades se pueden sintetizar en el artículo 7° de la LOCBGAE, el cual prescribe que: "*Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico*".

¹³ Dictamen N° 6.421 (2015)

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.860, 21.

¹⁵ SOTO KLOSS 2010, 191.

¹⁶ CORDERO 2012, 19.

¹⁷ ARGANDOÑA 1982, 78.

La magnitud de estas atribuciones dará como resultado una descentralización funcional ficta absoluta o relativa dependiendo el carácter de la potestad. Así, en el caso de un servicio descentralizado en el que el jefe superior del servicio sea un Ministro de Estado será, evidentemente, un servicio descentralizado ficto absoluto, ya que la relación con el Poder Central es total, teniendo en cuenta que los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el Gobierno y la Administración del Estado¹⁸. Por otra parte, la descentralización funcional relativa dice relación con una intervención de menor envergadura en el servicio, sin afectar mayormente su dirección o cometidos, realizada por un órgano externo al servicio y dependiente de manera directa del Poder Central, pero que sin embargo no se conforma con la naturaleza propia de los servicios descentralizados, los cuales deben tener una autonomía e independencia frente al Presidente de la República.

De esta manera, la descentralización funcional ficta se presenta como una distorsión a este sistema de organización administrativa, en la cual, por deficiencias en la técnica legislativa, se le otorga el carácter de descentralizado funcionalmente a un servicio, pero que en esencia depende total o relativamente del Poder Central por un vínculo de jerarquía otorgado por la misma ley, impidiéndose de esta forma el cometido primordial para el cual fueron creadas, cual es la toma autónoma e independiente de decisiones técnicas y especializadas dentro de su área, puesto que al dejarlas vinculadas al poder central bajo el vínculo de jerarquía sus decisiones dependerán del gobernante de turno, convirtiéndose estas agencias independientes en servicios del gobierno, dependientes del ciclo político por el que se atraviese.

III. Panorama actual de los servicios descentralizados

Antes de entrar al análisis particular de algunos servicios descentralizados, es menester mencionar que la jurisprudencia administrativa no ha sido ajena a este fenómeno, evolucionando desde la década de los noventa hasta la actualidad. Analizando la potestad sancionadora de los jefes de servicio y en especial el recurso jerárquico, que tiene su fuente en el artículo 10° de la LOCBGAE, la Contraloría General de la República ha ido modificando su criterio mediante diversos dictámenes. En un comienzo, la Contraloría daba preeminencia al principio de la doble instancia, en el marco del debido proceso administrativo, por lo cual se prescindía sobre la naturaleza del servicio, fuere éste centralizado o descentralizado, así la sanción impuesta por un jefe de servicio era apelable mediante el recurso jerárquico. Al respecto el dictamen N° 5.464 de 1991 es claro al expresar que: *“(...) La doble instancia debe configurarse siempre en los sumarios, por lo que el problema de determinar la autoridad competente para pronunciarse como tribunal de alzada, cuando la sanción es impuesta por el jefe superior, debe resolverse con prescin-*

¹⁸ Artículo 33 CPR.

dencia del carácter de entidad centralizada o descentralizada que revista el servicio en la estructura orgánica de la Administración del Estado". Prosigue el dictamen admitiendo que son los Ministros de Estado quienes deben conocer del recurso de apelación respectivo, afirmando el ente contralor que: *"(...) Los Ministros de Estado son los colaboradores directos del Jefe de Estado, para cumplir el mandato de la doble instancia analizada, compete al respectivo Secretario de Estado conocer de la apelación deducida en contra de medida disciplinaria impuesta por el jefe superior, se trate de un órgano centralizado o descentralizado"*.

Posteriormente, el criterio de la Contraloría cambió, para bien, puesto que declara que no es posible conocer por parte de un Ministro de Estado un recurso de apelación respecto de una sanción aplicada por un jefe de un servicio descentralizado. Sobre el asunto, el ente fiscalizador manifiesta que: *"(...) El servicio descentralizado está ligado al primer mandatario por una relación de supervigilancia y no por un vínculo de subordinación jerárquica como ocurre tratándose de servicios centralizados. Por ende, la jefatura de un servicio descentralizado, como es CORFO, sin perjuicio de estar sujeta a la referida supervigilancia, carece de superior jerárquico y, en tales condiciones, falla el supuesto necesario para la procedencia de la apelación analizada. Si bien la Ley N° 18.834 contempla el principio de la doble instancia, ello no significa que éste sea aplicable en todos los procesos, ya que la apelación solo es admisible en la medida que se cumpla la exigencia de la subordinación jerárquica referida"*¹⁹.

El anterior, es el criterio que ha primado hasta hoy en día, el cual tuvo reconocimiento legal con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, la que en su artículo 59° inciso cuarto reconoce que: *"No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa"*. Con esta Ley, junto con la jurisprudencia de Contraloría, se ha puesto término a la facultad del Poder Central en análisis, lo que ha fortalecido el carácter descentralizado de los servicios.

a) *Defensa Civil de Chile*: La Defensa Civil de Chile es un servicio descentralizado funcionalmente, creado por la Ley N° 8.059 de 1945, el cual tendrá a su cargo, según el artículo 1° de dicha ley, la misión de prevenir, evitar, reducir y reparar los efectos de cualquier catástrofe, sea que provenga de conflictos armados o de fenómenos sísmicos, incendios, inundaciones, ruinas, epidemias u otros siniestros y calamidades públicas. No se le describe, en esta ley, como un servicio descentralizado funcionalmente, sino que como una Corporación de Derecho Público. Esto se debe a que en la época

¹⁹ Dictamen N° 30.095 (1992).

de dictación de la norma, nuestro legislador aún no acogía plenamente la concepción de los servicios descentralizados como la entendemos hoy y, más aún, no contaba con la existencia de la LOCBGAE, la cual deja por sentado las características de los servicios descentralizados. Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República se ha encargado de precisar su naturaleza jurídica, así, ha manifestado que este servicio: *“Constituye un organismo de la administración descentralizada del Estado, pues se trata de una institución creada por ley, que realiza fines de interés público, regido por un estatuto especial, que cuenta con un patrimonio propio y que tiene personalidad jurídica independiente”*²⁰.

Nuestro ente contralor toma los elementos del artículo 29° inciso segundo de la LOCBGAE y los contrasta con las características de esta entidad para llegar a la conclusión de que estamos en presencia de un servicio funcionalmente descentralizado, lo que ha sido reiterado por el mismo en diferentes dictámenes²¹. Por su parte, el artículo 2° de la ley en comento expresa lo siguiente: *“El Jefe de Superior de la Defensa Civil de Chile será el Ministro de Defensa Nacional, quien podrá delegar las atribuciones que le confiere esta ley en el Director General. El Ministro de Defensa Nacional será asesorado por el Consejo Nacional de Defensa Civil, compuesto por: el Director General; un representante del Ministerio de Interior; uno del de Educación y uno del de Salubridad; un representante de cada una de las tres ramas de la Defensa Nacional; un representante de cada una de siguientes instituciones: Cuerpo de Carabineros; Cuerpo de Bomberos y Cruz Roja de Chile; un representante de los Boys-Scouts de Chile; un representante de cada una de las siguiente profesiones: Médicos, Ingenieros y Arquitectos; un representante de las Municipalidades; dos representantes femeninas que deberán ser Visitadoras Sociales diplomadas; uno de la Confederación de Trabajadores de Chile, otro de las Asociaciones Mutualistas y cinco Consejeros de libre elección. Todos los integrantes del Consejo Nacional serán nombrados por el Presidente de la República en la forma que lo determine el Reglamento. Presidirá este Consejo el Ministro de Defensa Nacional. El Consejo elegirá un 1° y 2° Vicepresidente”*.

El artículo citado es bastante decidor en cuanto a la real naturaleza jurídica que, en la práctica, reviste este servicio. El primer inciso deja claro que el Jefe Superior de este ente funcionalmente descentralizado es el Ministro de Defensa Nacional quien tiene la potestad discrecional de delegar sus atribuciones en un Director Regional. Del solo tenor de ese inciso se puede establecer que, en la praxis, la Defensa Civil de Chile es un servicio descentralizado funcionalmente ficto absoluto. El Ministro de Defensa es un colaborador directo e inmediato del Presidente de la República, un funcionario de su exclusiva confianza, lo que implica que se mantiene en su cargo mientras mantenga aquella. En síntesis, es por excelencia un funcionario dependiente del

²⁰ Dictamen N° 24.423 (2011).

²¹ Dictámenes N° 4.727 (2012); N° 5.859 (2014); N° 65.426 (2016).

Poder Central con una vinculación directa al jerarca máximo. En este sentido, resulta contraproducente que la ley entregue la jefatura superior del servicio al Ministro de Defensa, deformando de raíz la idea de descentralización, entendiéndose en esta situación que tendrá todas las facultades de dirección, coordinación y control, las que facultativamente podrá delegar en el Director Nacional del organismo, ergo, no está obligado a delegarlas.

Con todo, partiendo del supuesto de que el Ministro de Defensa delegue sus atribuciones en el Director General, no sería suficiente para afirmar que se cumple con el objetivo de la descentralización por dos razones:

i) Según el artículo 2° de la Ley N° 8.059, el Director General forma parte del Consejo Nacional de Defensa Civil, consejo en el cual todos sus integrantes son nombrados por el Presidente de la República en la forma que determine el Reglamento, el cual corresponde al Decreto N° 1.250 de 1947 del Ministerio de Defensa Nacional. Sin embargo, actualmente, el Presidente de la República, en virtud del artículo 40° inciso final de la LOCBGAE, solo tiene la facultad de nombrar al jefe superior del servicio y no puede nombrar a los demás funcionarios del mismo. En palabras del profesor SOTO KLOSS, carece del "poder de nominación" para designar (nombrar o ascender) a los funcionarios del ente descentralizado supervigilado, poder jurídico radicado por la ley en el jefe superior del servicio respectivo²². Por tanto, las disposiciones de la Ley N° 8.059 son reñidas con el texto actual de la LOCBGAE, en el sentido de que si es el jefe superior del servicio quien tiene la facultad de nombrar a los funcionarios del mismo, debiese ser el Ministro de Defensa Nacional quien nombre al Director General, lo cual no deja ser paradójico y confirma la tesis de que, en cualquier caso, la descentralización funcional no deja de ser totalmente ficta en el servicio en análisis. Esto es resultado del anacronismo de la Ley N° 8.059, la que no ha sido modificada desde su creación, distorsionando lo que nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina actual entiende por descentralización.

ii) La segunda razón, siguiendo el criterio de anacronismo de la Ley N° 8.059, dice relación con la voz "delegar", presente en el artículo 1°. En efecto, la ley autoriza, en este caso, al Ministro de Defensa a delegar todas o parte de sus atribuciones en el Director General, no regulando la ley cómo debe ser esta delegación, ni el tiempo que durará, por lo que debemos recurrir a la LOCBGAE, la cual estipula, en el artículo 41°, la forma de ejercer atribuciones, expresando en su letra a) que la delegación debe ser parcial y recaer en materias específicas, lo cual resulta contradictorio con la Ley N° 8.059, en el sentido de que esta autoriza a delegar todas las funciones del jefe superior en el Director General, por otra parte, la letra e) del precitado artículo, es categórica al determinar que: "*La delegación será esencialmente revocable*". Lo anterior es suficiente para afirmar que, a pesar de la delegación presente en la ley que crea la Defensa Civil de Chile, el Ministro de Defensa, no obs-

²² SOTO KLOSS 2010, 154.

tante, delegar sus funciones en el Director General, siempre podrá revocar las mismas, lo cual es argumento suficiente para concluir que no se logra uno de los objetivos principales de la descentralización administrativa, que consiste en transferir competencias decisorias de la Administración estatal a las demás personas jurídico-públicas²³.

Como corolario de lo anterior, la Contraloría General de la República, a propósito de una consulta realizada por el Ministerio de Defensa de Nacional acerca de la autoridad competente para enajenar inmuebles de propiedad de la Defensa Civil de Chile, afirmó que este es un servicio descentralizado y que, por tanto, el ente puede contraer derechos y obligaciones, así, continúa el organismo fiscalizador expresando que la normativa que regula al servicio *“no explicita la autoridad que, dentro de la estructura orgánica de la Defensa Civil de Chile, está facultada para decidir acerca de la enajenación de un inmueble”*. De esta forma razona la Contraloría General de la República que: *“Cabe aplicar las normas generales sobre administración y representación de los servicios públicos, contenidas en los artículos 31º, inciso segundo, y 36º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (...). En ese contexto normativo, y atendido que acorde con el artículo 2 de la referida ley N° 8.059, el Jefe Superior de la Defensa Civil de Chile es el Ministro de Defensa Nacional, no cabe sino concluir que la referida enajenación debe ser dispuesta por esa autoridad, sin perjuicio de que, como expresa el mismo artículo 2º, esta pueda delegar esa facultad en el Director General de la institución”*²⁴.

La jurisprudencia citada hace aplicable los preceptos de la LOCBGAE en lo referente a los jefes de servicio, reconociendo que es el Ministro de Defensa quien ostenta dicha autoridad –el cual, facultativamente, puede delegar sus atribuciones– al que le corresponde la representación judicial y extrajudicial del servicio, así como también dirigirlo, organizarlo, administrarlo, controlarlo, además de las otras responsabilidades que le encomienda el artículo 31º de la Ley N° 18.575.

b) Agencia de Cooperación Internacional de Chile (AGCI): La Agencia de Cooperación Internacional de Chile es un servicio descentralizado funcionalmente, creado por la Ley N° 18.989, cuya finalidad, según el artículo 17º, es apoyar los planes, programas, proyectos y actividades de desarrollo que impulse el Gobierno, mediante la captación, prestación y administración de recursos de cooperación internacional. Es el mismo artículo el que describe al ente como un servicio público, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República por intermediación del Ministro de Relaciones Exteriores, características que nuestro legislador moderno ha atribuido a los servicios descentralizados, como bien señala la LOCBGAE.

²³ GARCÍA-TREVIJANO 1967, 430.

²⁴ Dictamen N° 38.213 (2002).

De acuerdo al artículo 21°, la Dirección de la Agencia corresponderá a un Consejo, que será la autoridad superior del servicio, el cual estará integrado por el Ministro de Relaciones Exteriores, quien además lo presidirá, un representante del Ministerio de Hacienda y uno del Ministerio de Planificación y, finalmente, por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República. El Consejo, así integrado, tiene una total dependencia del poder central, no siendo ninguno de sus integrantes un funcionario de planta del servicio o que provenga de una designación previo concurso público. Asimismo, el artículo 22° estipula que la administración de la Agencia corresponderá al Director Ejecutivo, quien será el jefe superior del servicio y tendrá su representación legal, judicial y extrajudicial. En este contexto, debemos considerar dos conceptos fundamentales: i) "autoridad superior del servicio" y "jefe superior del servicio". No es baladí que la ley utilice estos vocablos para hacer referencia al Consejo y al Director Ejecutivo respectivamente, y es que las atribuciones del Consejo, como bien destaca el artículo, corresponden a las de dirección, las cuales precisa el artículo 21° expresando que: *"Corresponderá al Consejo: a) Ejercer las atribuciones y cumplir o hacer cumplir las funciones enunciadas en el artículo 19 de esta ley y las demás que requiera el cumplimiento del objeto de la Agencia; b) Aprobar el programa anual de acción y el proyecto de presupuesto de la Agencia y sus modificaciones; c) Delegar parte de sus funciones y atribuciones en el Director Ejecutivo, en los demás funcionarios de la Agencia y, para efectos específicos, en comités que al efecto constituya con consejeros, funcionarios o incluso personas ajenas al Consejo; d) Aprobar la organización interna de la Agencia y sus modificaciones; e) Designar personal directivo y profesional hasta el grado 8° de la Única de Remuneraciones del Sector Público, y f) Adoptar todos los acuerdos que sean necesarios para el buen funcionamiento del Servicio"*.

Por otra parte, las funciones del Director Ejecutivo se encuentran contenidas en el artículo 22° y, en general, corresponden a atribuciones que se encuentran sujetas a la aprobación del Consejo o a informar al mismo acerca de la marcha de la institución. De las doce atribuciones que le encomiendan en el precitado artículo, solo tres pueden ejercerse autónomamente, sin la necesidad de aprobación del Consejo, de informar o, en definitiva, sin supervisión²⁵.

La técnica utilizada por el legislador, en el sentido de establecer un Consejo y un jefe de servicio, tiene su sustento en el artículo 31° inciso final de la LOCBGAE, lo cual no resulta contrario a la descentralización funcional, ya que este Consejo es parte del servicio, por lo que el mismo mantiene su autonomía. Ahora bien, en el caso en comento, por la manera en como se integra el Consejo y por la naturaleza de las facultades que posee en desmedro del Jefe de Servicio, es del caso concluir que éste es un servicio centralizado

²⁵ Puede ejercer autónomamente, según el artículo 22 de la Ley N° 18.989 las facultades de las letras j), k) y l). Mientras que las facultades que ejerce con intervención del Consejo se encuentran en las letras a), b), c), d), e), f), g), h) e i).

encubierto o más bien un servicio descentralizado funcionalmente ficto absoluto. Todos los integrantes del Consejo son dependientes del Poder Central, las atribuciones que ejerce son de dirección, organización y administración, siendo el Director Ejecutivo un funcionario que ejerce atribuciones, en su mayoría, dependientes del Consejo, y por tanto, dependiente del Poder Central, teniendo como única facultad propia de un jefe de servicio la de representar judicial y extrajudicialmente al ente.

Conclusiones

De lo expuesto es posible concluir que la descentralización administrativa ha sufrido cambios importantes desde su reconocimiento por parte de la doctrina y de nuestro ordenamiento jurídico, siendo la LOCBGAE uno de los pilares fundamentales para la construcción de esta forma de administración. Asimismo, la jurisprudencia administrativa, en ocasiones ha modificado su criterio, efecto que se ve reflejado en potestades exclusivas de los jefes de servicio de los entes en estudio. Así ocurrió con la potestad disciplinaria que, como analizamos, actualmente es plena ya que no cabe la apelación frente a una sanción impuesta por un jefe de servicio, lo cual vino a confirmar la LBPA.

No obstante, la forma en como la ley recoge la descentralización dista mucho de lo que la doctrina ha entendido por ella, así, las falencias se ven reflejadas en la práctica, donde muchas veces los entes descentralizados no gozan de la autonomía suficiente para cumplir sus cometidos. Por otra parte, estamos al debe en lo que dice relación a especificar las facultades que otorga la supervigilancia, debiendo recurrir a la dependencia, la que es propia de los servicios centralizados, para deducir el alcance de la primera, teniendo directa incidencia para determinar si un servicio es descentralizado de manera ficta.

Finalmente, se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico, actualmente, consagra entes descentralizados fictos, algunas veces como resabios de épocas anteriores, en donde la descentralización aún no tenía una acogida plena y la técnica legislativa era imperfecta. Lo que sí es preocupante, es que nuestro legislador actual, teniendo como antecedentes la LOCBGAE, la jurisprudencia administrativa y la doctrina moderna, consagre entes que solo tienen una apariencia de descentralizados, ejerciendo las facultades de relevancia para el servicio, órganos que tienen una dependencia mayúscula al Poder Central, dando paso a una descentralización funcional ficta absoluta, hecho que no es insignificante dado que cuando aludimos a la descentralización administrativa, estamos refiriéndonos, nada menos, que a una de las bases de la institucionalidad. Y esto no es una interpretación doctrinaria, sino que constituye texto expreso de la Constitución²⁶. Lo anterior trae como consecuencia que dichos servicios descentralizados fictos, no tomen decisiones autónomas y únicamente basadas en un carácter técnico y especializado,

²⁶ VERGARA 1991b, 419.

sino que responden a factores políticos, dado que por su consagración se produce la captura de ellos en manos del Poder Central.

Bibliografía

- ARGANDOÑA, Manuel Daniel (1982): *La organización administrativa en Chile: Bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 145 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): "La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía", en *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, pp. 15-33.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (1999): "El Estado Administrador en Chile: Unitario Centralizado a Descentralizado y Desconcentrado", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. X, pp. 115-123.
- FERRANDO BADÍA, Juan (1986): *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonomico* (Madrid, Editorial Tecnos), 392 pp.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1967): *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) T II, 1250 pp.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1948): "Administración indirecta del Estado y descentralización funcional" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 42, pp. 809-833.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2010): *Tratado de Derecho Administrativo: Derecho y Administración del Estado* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing), T I, 371 pp.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), T II, 323 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo: Temas fundamentales* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing), 862 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1991a): "Reforma Constitucional y Descentralización Administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 2, pp. 339-344.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1991b): "Marco Jurídico de la Descentralización Administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 3, pp. 411-449.

Normativa citada:

- Constitución Política de la República de Chile (1925). *Diario Oficial*, 18 de septiembre 1925.
- Constitución Política de la República de Chile (2005). *Diario Oficial*, 22 de septiembre 2005.
- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 de diciembre 1986.
- Ley N° 19.880, establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 de mayo 2003.
- Ley N° 17.284, modifica la Constitución Política del Estado. *Diario Oficial*, 23 de enero 1970.
- Ley N° 18.989, crea el Ministerio de Planificación y Cooperación. *Diario Oficial*, 19 de julio 1990.
- Ley N° 8.059, crea la Defensa Civil de Chile. *Diario Oficial*, 19 de febrero 1945.
- Decreto N° 1.250, aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley N° 8.059 que creó la Defensa Civil de Chile. *Diario Oficial*, 17 de octubre 1947.
- Historia de la Ley N° 20.860, Reforma Constitucional que otorga autonomía al Servicio Electoral.
- Historia de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la administración del Estado.

Jurisprudencia citada

- Dictamen N° 5.464 (1991): Contraloría General de la República, 1 de marzo 1991.
Dictamen N° 30.095 (1992): Contraloría General de la República, 4 de diciembre 1992.
Dictamen N° 38.213 (2002): Contraloría General de la República, 30 de septiembre 2002.
Dictamen N° 24.423 (2011): Contraloría General de la República, 21 de abril 2011.
Dictamen N° 4.727 (2012): Contraloría General de la República, 25 de enero 2012.
Dictamen N° 6.421 (2015): Contraloría General de la República, 23 de enero de 2015.
Dictamen N° 5.859 (2014): Contraloría General de la República, 24 de enero 2014.
Dictamen N° 65.426 (2016): Contraloría General de la República, 2 de septiembre 2016.

Abreviaciones

- AGCI: Agencia de Cooperación Internacional de Chile
CPR: Constitución Política de la República
DFL: Decreto con Fuerza de Ley
D.L.: Decreto Ley
LBPA: Ley de Bases de Procedimientos Administrativos
LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
N°: Número