

DOCTRINA

Aplicación de las normas de derecho público a la administración invisible del Estado

Application of public law rules to the invisible administration of the State

Rafael Correa Sepúlveda 

Universidad Central de Chile

RESUMEN Este artículo pretende delimitar el marco jurídico de derecho público aplicable a las instituciones que forman parte de la denominada «Administración invisible del Estado». La doctrina utiliza este concepto para referirse a aquellos entes privados como las asociaciones, corporaciones y fundaciones que se encuentran constituidas en general conforme a las reglas comunes del Código Civil, pero que cumplen funciones públicas y son financiadas parcial o totalmente con fondos públicos, por lo cual se encuentran «invisibleizadas» para efectos del derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE Derecho público, administración invisible del Estado, corporaciones, fundaciones, Contraloría General de la República.

ABSTRACT This article aims to delimit the legal framework of public law applicable to the institutions that are part of the so-called “invisible administration of the State”. The doctrine uses this concept to refer to those private entities such as associations, corporations and foundations that are generally constituted in accordance with the common rules of the Civil Code, but that fulfill public functions and are partially or totally financed with public funds, so they are “invisible” for the purposes of administrative law.

KEYWORDS Public law, invisible administration of the State, corporations, foundations, Office of the Comptroller General of the Republic.

Introducción

La creación por parte del Estado de entidades privadas destinadas a cumplir fines públicos ha sido un mecanismo utilizado frecuentemente por motivos de pragmatismo. Tanto el procedimiento de creación como el funcionamiento de las instituciones estatales importan una serie de trámites y controles, tanto administrativos como judiciales. Esto no ocurre de la misma manera con las instituciones de naturaleza privada, las que se encuentran liberadas de estas limitaciones y controles propios de las instituciones estatales, razón por la cual su creación ofrece una serie de ventajas en cuanto a agilidad, eficacia y flexibilidad. Sin embargo, todas estas características positivas de las entidades privadas traen consigo una serie de potenciales problemas, ante la ausencia de control sobre su accionar y la evasión de determinadas reglas propias del derecho público, lo cual redundará en un perjuicio para el interés público.

Durante los últimos veinte años se han podido apreciar importantes modificaciones de criterio en los pronunciamientos tanto de la jurisprudencia administrativa como de la judicial a propósito del régimen jurídico que es aplicable a las entidades privadas que cumplen funciones públicas, como ocurre con las corporaciones o asociaciones y las fundaciones (Valdivia, 2021: 505). Estas instituciones, denominadas doctrinariamente como «administración invisible del Estado» (Argandoña, 1985: 2), han pasado de ser consideradas totalmente ajenas al derecho público, dado su origen privado, a ser cada vez más incluidas dentro de la normativa y los controles que le son propios a la administración del Estado (Soto Kloss y Reyes, 1980: 29).

Las instituciones administrativas y judiciales han ido entendiendo paulatinamente que, por aplicación del principio de primacía de la realidad que debe orientar la labor interpretativa del derecho administrativo, cabe comprender que, en la medida en que se trate de instituciones que han sido creadas con el objetivo de satisfacer necesidades públicas, en las que se encuentra comprometido el interés público y que además son financiadas con recursos públicos, no cabe sino entender que constituyen organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones indirectamente, por lo que no puede sostenerse que se rigen solo por las normas de derecho privado, sino que se encuentran también irradiadas por las normas de derecho público (Contraloría General de la República, 2023: dictamen 428359).

En este punto es menester mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1024-2008, en la que se ejerció el control de constitucionalidad del proyecto de la Ley de Bosque Nativo (Ley 20283) y se declararon constitucionales las nuevas potestades públicas otorgadas a la Corporación Nacional Forestal (Conaf), pero al mismo tiempo se hizo un severo llamado de atención al Estado chileno. En su sentencia, el Tribunal exhortó a la Presidencia de la República a regularizar la naturaleza jurídica de la Conaf. Criticó que se mantuviera como una corporación de derecho privado

ejerciendo atribuciones públicas, señalando que esta situación era «constitucionalmente anómala» y requería adecuarse a la institucionalidad vigente.

Esta problemática del recurso a instituciones privadas por parte del Estado para la satisfacción de necesidades públicas no es solo propia del derecho chileno, sino que también genera acalorados debates en el derecho comparado. Específicamente, en el derecho español, se les denomina «entes instrumentales» (Lico, 2013: 1), por cuanto son instituciones de derecho privado que la administración usa para el cumplimiento de sus tareas atendido el hecho evidente de que la creación de instituciones estatales importa tener que sujetarse a una serie de controles administrativos y trámites que no aplican al sector privado y que, por esta razón, lo vuelven más atractivo en la búsqueda de mayor agilidad en el cumplimiento de las tareas. La contracara, sin embargo, de esta «privatización» de la actividad de la Administración, que autores españoles han denominado peyorativamente como la «huida del derecho administrativo» (Clavero, 1962: 13), son los múltiples riesgos de fraude a la ley, a consecuencia del relajamiento de los controles y garantías que el derecho público supone.

En este trabajo nos proponemos, precisamente, delimitar el marco jurídico de derecho público que le es aplicable a las instituciones que forman parte de la denominada «administración invisible del Estado», para lo cual analizaremos este concepto, estudiaremos el proceso de lo que se ha denominado en la academia nacional e internacional la «huida del derecho administrativo», y revisaremos cuál ha sido el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia administrativa y judicial a esta temática en el este siglo. A partir de esto último, podremos apreciar el cambio de paradigma en la jurisprudencia, desde la ausencia de regulación de las instituciones que forman parte de la administración invisible del Estado dentro de las normas de derecho público, hasta su paulatina inclusión, y los motivos de ello.

En efecto, como consecuencia del fenómeno extendido tanto en Chile como en el extranjero de la «huida del derecho administrativo», tanto la jurisprudencia administrativa como la judicial han comenzado a incluir a las instituciones que forman la administración invisible del Estado dentro de la regulación propia del derecho público, con la finalidad de aplicarles los controles y garantías propios de este, y de esta manera evitar el fraude a la ley y el desvío de fondos públicos.

Esta investigación es cualitativa y documental; en ella analizaremos la doctrina existente, además de la jurisprudencia administrativa y judicial. Durante su desarrollo utilizamos como instrumentos de análisis, además de la doctrina y jurisprudencia disponible, entrevistas personales con destacados estudiosos del derecho público en Chile, como los profesores José Miguel Valdivia, Gabriel Celis y Alejandro Gacitúa.

La importancia y la justificación del análisis que se presenta radican en definir qué se entiende por administración invisible del Estado, su relación con el fenómeno de la «huida del derecho administrativo», las razones de su aparición y posibles soluciones a sus efectos nocivos, para luego determinar si es que las normas de derecho público

le son o no aplicables a las instituciones que forman parte de ella. A partir de allí dejaremos planteada la pregunta acerca de si las leyes chilenas deberían o no avanzar hacia un modelo que integre plenamente a estas entidades bajo el derecho público.

El análisis que sigue recae sobre los pronunciamientos de la Contraloría General de la República, los Tribunales Superiores de Justicia y el Consejo para la Transparencia en que se aborda la temática, pero previamente ofrecemos una presentación general del fenómeno que permite comprender las razones de este cambio de paradigma desde la no aplicación del derecho público hasta su incorporación paulatina y la influencia que tuvo en ese proceso el derecho comparado.

La administración invisible del Estado

Marco constitucional y legal

Conviene partir por el marco general. En aquellos casos en que el Estado decide emprender alguna actividad de carácter empresarial, normalmente lo que hace es crear una empresa del Estado o empresa pública, situación que se encuentra regulada en el artículo 19 número 21 y en el artículo 65, inciso cuarto, número 2, de la Constitución Política de la República, para lo cual se requiere la dictación de una ley de cuórum calificado.

Estas empresas del Estado forman parte de la Administración del Estado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1, inciso segundo, de la Ley 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, por lo cual es claro que se rigen por un estatuto jurídico de derecho público, el cual regula las funciones, potestades, organización, personal y patrimonio.

Sin embargo, también existe la posibilidad de que el legislador otorgue una autorización a un órgano centralizado o descentralizado, o a otra empresa pública, para que creen otro ente empresarial.

Este fenómeno da nacimiento a las sociedades del Estado, las cuales se distinguen por crearse, organizarse y operar de acuerdo con las normas del derecho común, en tanto que el derecho público solo rige respecto de ellas en materias específicas vinculadas al control de algunos de sus actos, principalmente en los relativos al manejo de sus recursos financieros. Sus relaciones con los usuarios o consumidores tendrán siempre lugar bajo las normas del derecho privado (Latorre, 2008: 224).

Estas sociedades no forman parte de la Administración del Estado, a diferencia de lo que ocurre con las empresas públicas propiamente tales, y, en consecuencia, pasarían a integrar la denominada «administración invisible del Estado». Estas entidades estarán formadas por organismos en que el Estado participa o tiene representación para cumplir una función que sea de interés del Estado, pero que no integran su Administración.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que el Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración solo en virtud de una ley que así lo autorice, la cual deberá ser de cuórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Indica además que estas entidades no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.

En consecuencia, podemos afirmar que no es lo mismo hablar de las empresas públicas, respecto de las cuales es claro que se rigen por un estatuto jurídico de derecho público, que referirnos a la hipótesis en que el legislador otorga una autorización a un órgano centralizado o descentralizado, o incluso a otra empresa pública, para la creación de otro ente empresarial, diferente al que lo crea. En este último caso, nos referimos a las sociedades del Estado.

En lo que respecta al marco normativo aplicable a las corporaciones, asociaciones y fundaciones en Chile, este se encuentra contemplado tanto en disposiciones constitucionales como en normas legales. En el plano constitucional, el artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República permite la creación de entidades privadas destinadas a cumplir fines específicos, siempre que no contravengan el orden público, la moral o el interés general.

Además, el artículo 8 de la Carta Fundamental consagra principios como la probidad y la transparencia en la función pública, que son aplicables de manera transversal a todas las entidades que administren recursos públicos o desarrollen funciones de interés público.

En cuanto al marco legal, las corporaciones y asociaciones se rigen principalmente por las disposiciones del Código Civil, que regula su constitución, funcionamiento y disolución. En particular, los artículos 545 y siguientes establecen las bases para la creación de personas jurídicas sin fines de lucro, detallando los requisitos esenciales para su existencia legal. Las fundaciones, por su parte, también encuentran su regulación en el Código Civil, destacándose su finalidad altruista y la necesidad de destinar su patrimonio exclusivamente a los fines declarados en sus estatutos. En efecto, el artículo 545 dispone que las personas jurídicas serán de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Las corporaciones de derecho privado se llamarán también asociaciones. Una asociación se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados. Una fundación, mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general.

Además, la Ley 20500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública introduce disposiciones de relevancia que buscan fortalecer la transparencia y la participación en las actividades de estas entidades, especialmente cuando colaboran con organismos públicos. Esta normativa establece la obligatoriedad de rendir cuentas y garantiza el acceso a la información pública respecto de los recursos entregados por el Estado.

Por último, el control y fiscalización de estas entidades está a cargo de organismos como la Contraloría General de la República, la cual, mediante dictámenes y pronunciamientos, ha extendido la aplicación de principios de derecho público, como la transparencia y la probidad, a entidades privadas que cumplen funciones públicas o administran recursos fiscales. Este enfoque asegura que dichas entidades no queden al margen de las exigencias propias del interés general y contribuye a evitar fraudes o desviaciones en su actuación. Asimismo, la reciente modificación a la Ley 21634 de Compras Públicas incorpora expresamente este tipo de «administración invisible» como sujeto obligado a su aplicación.

Concepto de Administración invisible del Estado

La expresión «administración invisible del Estado» fue acuñada a nivel nacional por Eduardo Soto Kloss, quien señala que bajo este concepto se enmarcan:

Aquellos innumerables entes que, al margen de toda específica previsión normativa constitucional, se han ido estructurando al modo de los sujetos personificados (corporaciones) privados, en especial con espíritu de lucro (sociedades), en que el Estado —más propiamente la Administración— participa activamente en el campo industrial y comercial aportando capitales (fondos públicos) y en que el PR o el ministro del ramo —por delegación—, según los casos, designa representantes en sus directorios, dirigiendo en buenas cuentas la marcha misma del ente societario. Tales entes no son otros que las llamadas sociedades de economía mixta, o, tal vez con mayor precisión (a fin de englobar a toda suerte de tipos que se dan en la práctica), sociedades con participación estatal, paritaria o, sobre todo, mayoritaria (Soto Kloss y Reyes, 1980: 29).

En la misma línea de lo que podríamos denominar un concepto amplio de administración invisible del Estado, se encuentra Pedro Pierry, quien la denomina una administración «paraestatal», compuesta por empresas que tienen el carácter de personas jurídicas de derecho privado, constituidas conforme a las normas del derecho comercial, pero en las cuales el Estado o sus instituciones pueden ser el único propietario, o bien, el Estado puede concurrir con particulares, mayoritariamente o no (Pierry, 1983: 105).

Por su parte, Jorge Bermúdez señala que la administración invisible del Estado:

Está conformada por el conjunto de personas de derecho privado (corporaciones y fundaciones) que un órgano del Estado ha formado, previa autorización legal, o aquellas empresas privadas (sociedades anónimas) en las que un órgano del Estado (normalmente una empresa pública) es propietario y tiene su control (Bermúdez, 2014: 406).

José Miguel Valdivia Olivares matiza lo planteado por los autores mencionados, excluyendo de esta categorización aquellas formas institucionales de carácter mercantil, como lo son las sociedades, y proponiendo un concepto más restringido, por lo que afirma que la administración invisible está formada por personas jurídicas no lucrativas de derecho privado, es decir, asociaciones o corporaciones y por fundaciones constituidas generalmente conforme a las reglas del Código Civil (Valdivia Olivares, 2021: 507).

Respecto de los principios aplicables, para Gabriel Celis Danzinger estas entidades de la administración invisible se rigen por los principios básicos de gestión del derecho público (Celis Danzinger, 2020: 304). Sustenta lo anterior en el hecho de que es la propia jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, contenida en su dictamen 2051 de 2016, la que ha entendido que las entidades que conforman la administración invisible del Estado se rigen por los principios básicos de gestión del derecho público debido a que en ellas «está presente de un modo predominante el interés público», toda vez que mediante ellas «el Estado persigue satisfacer necesidades públicas y colectivas», motivo por el cual les «son aplicables ciertos principios básicos de gestión propios del derecho público, aun cuando, por regla general se rijan por la preceptiva propia del sector privado» (Contraloría General de la República, 2016. Dictamen 2051).

Capacidad de control de la Contraloría respecto de los entes que forman parte de la administración invisible del Estado

Por ser estas organizaciones de origen privado, se afirma que se encuentran «invisibleizadas» para efectos del derecho administrativo (Valdivia, 2021: 507), ya que no integran los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, su personal no se encuentra regido por el Estatuto Administrativo y sus actuaciones se realizan dentro del régimen propio del derecho privado. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado que esto constituye una situación «constitucionalmente anómala» (Tribunal Constitucional, 1 de julio de 2008, rol 1024-2008).

Además, los controles aplicables a la gestión de organismos públicos, como el que característicamente cumple la Contraloría, no están diseñados para operar respecto de instituciones privadas, lo que ha traído dificultades para determinar el marco jurídico de derecho público que le es aplicable a estas entidades en lo que se refiere a la transparencia, el control presupuestario, entre otras materias (Valdivia, 2021: 508).

El ámbito de control de la Contraloría General de la República está determinado por el artículo 98, inciso primero, de la Constitución Política de la República, el que dispone que el ente contralor tendrá como atribuciones:

Ejercer el control de la legalidad de los actos de la administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del fisco, municipalidades y de los demás orga-

nismos y servicios que determinen las leyes; examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevar la contabilidad general de la nación y desempeñar las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

Por tanto, en términos generales, se entiende que su ámbito de control abarca a toda la Administración del Estado.

A su turno, el artículo 6 de la Constitución Política de la República establece un principio de la mayor importancia en el orden constitucional que es la sujeción a la Constitución y a la ley. Los órganos del Estado, los titulares o integrantes de dichos órganos, así como toda persona, institución o grupo se encuentran obligados por los preceptos de la Constitución.

En este contexto, podemos desprender de la lectura de los artículos 6 y 98 de la carta fundamental, que el mandato del constituyente es que todas las entidades, ya sean públicas o privadas, que de alguna manera estén vinculadas a la administración pública o gestionen fondos públicos, se deben someter a las reglas constitucionales de transparencia, probidad y fiscalización, para asegurar que los recursos del Estado sean utilizados de manera correcta y conforme al interés general.

De esta manera, cuando se trata del control del ingreso e inversión de fondos públicos, la Constitución permite que la ley amplíe dicho control a otros órganos, como, por ejemplo, precisamente aquellos que pertenecen a la administración invisible del Estado, con todas las implicancias que ello conlleva. Por consiguiente, respecto de las entidades privadas que gestionan recursos del Estado a través de contratos públicos, subvenciones o programas de financiamiento estatal, la Contraloría General de la República tiene plenas facultades para controlarlas y asegurarse de que en su actuar no se desvíen de los principios constitucionales que rigen a la administración pública.

Junto con ello, el artículo 16, inciso segundo, de la Ley 10336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, refrenda lo anterior al disponer que también estarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades. Los instrumentos que utiliza el ente contralor para el ejercicio de esta fiscalización son las auditorías, las investigaciones especiales y el examen y juzgamiento de cuentas.

Ante la emergencia cada vez mayor de entidades de derecho privado que desempeñan funciones públicas, la doctrina y la jurisprudencia han ido articulando diversas técnicas de derecho público. En efecto, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha ido profundizando progresivamente las exi-

gencias de transparencia respecto de las instituciones de la administración invisible, tal como veremos a lo largo del presente trabajo.

La huida del derecho administrativo y su relación con la administración invisible del Estado

El derecho administrativo tiene por objeto controlar el poder, y para ello utiliza como herramienta el principio de legalidad, el que obliga a las autoridades estatales a sujetarse a reglas preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Estas reglas que supone la aplicación del principio de legalidad implican que la creación de instituciones estatales y su funcionamiento se encuentran sujetos a distintas limitaciones como trámites, controles administrativos y también judiciales.

Es por ello que, en muchas ocasiones, el Estado recurre a entidades privadas para el cumplimiento de sus tareas por razones meramente pragmáticas de eficacia y rapidez en los procesos. La idea que está detrás es que, para actuar con flexibilidad y eficacia en la satisfacción de necesidades públicas, es necesario escapar del «estrecho corsé» que los procedimientos administrativos representan (Garrido Falla, 1991: 18). Sin embargo, aquello que se gana en cuanto a agilidad y flexibilidad se pierde en cuanto a capacidad de control, ya que el principio de legalidad, que rige severamente en el sector público, no opera de la misma manera respecto de privados.

Este proceso de proliferación de entidades públicas de derecho privado creadas por la Administración ha sido denominado de manera peyorativa como «huida del derecho administrativo» (Clavero, 1962: 13). Esta expresión es atribuida al catedrático español Manuel Clavero Arévalo, quien, en un artículo publicado en 1962, califica este fenómeno como una «huida», «evasión» o «emancipación» del derecho administrativo. Sin embargo, otros autores también lo llaman «pseudoprivatización» de la Administración pública (Desdentado, 1999: 86).

Se dice que la denominación «huida» es peyorativa precisamente porque da cuenta de que la creación de estas entidades tiene como propósito, más que propender a la rapidez y agilidad en los procesos, evadir determinadas reglas. Es decir, la Administración, utilizando argumentos de eficacia, lo que hace es huir de las reglas del derecho administrativo, con la finalidad de regirse por las reglas del derecho privado, las que le otorgan mayor flexibilidad. Es decir, con el pretexto de la efectividad en la gestión, se utilizan formas de organización y actuación que se encuentran fuera de las restricciones que impone la legalidad, y se abandonan las técnicas del derecho público para acudir a la flexibilidad que otorga el derecho privado (Soto, 2014: 443).

El fenómeno de la «huida del derecho administrativo» para algunos autores se relaciona directamente con las políticas neoliberales implementadas por la Escuela de Chicago en la década de 1980, las cuales favorecen que las empresas públicas puedan llevar a cabo todas sus actuaciones dentro del ámbito del derecho privado, a pesar de

ser titulares de auténticas potestades administrativas (Fernández Castaño y López Velástegui, 2017: 4). Para Silva Cimma (2009: 72), esta «huida» trae como consecuencia que el Estado se vea progresivamente privatizado y, en consecuencia, actúe fuera de todo efectivo control.

En este mismo sentido, la catedrática española Silvia del Saz Cordero señala que esta «privatización» de la actividad de la Administración, es decir, la huida del derecho administrativo, ha ocupado un lugar central en el último tiempo dentro de las preocupaciones de los estudiosos de esta rama del derecho, pero que, sin embargo, el legislador ha hecho caso omiso a las numerosas llamadas de atención de la doctrina, insistiendo en su pretensión de obviar o relajar los controles y garantías que el derecho público importa (Del Saz Cordero, 1994: 57).

También existen autores que han intentado justificar la creación de estas entidades privadas y este «alejamiento consciente» del derecho administrativo. En esta línea, se plantea la conveniencia de que la Administración intervenga en el mercado en condiciones equivalentes a las que rigen para los privados y, de esta manera, dotar a estas instituciones de una mayor agilidad y flexibilidad, liberándolas de la rigidez propia de la organización pública estatal y los controles que ello conlleva (Lico, 2013: 1).

Como una manera de intentar dar solución a los efectos nocivos de la «huida del derecho administrativo», y para evitar conductas ilícitas como el fraude a la ley o el abuso del derecho, algunos autores españoles han propuesto recurrir a la denominada «técnica del levantamiento del velo» (González-Varas, 1997: 380), en virtud de la cual se permite al juez administrativo ordenar la aplicación de una norma de derecho administrativo que se pretende eludir por parte del ente instrumental, y de esta manera «levantar el velo».

La justificación para proceder de esta forma es que la entidad instrumental empleada es una simple prolongación de la Administración de la que esta se sirve para el cumplimiento de sus propios fines, ya que «los entes institucionales no tienen fines propios, sino que actúan directamente los fines de sus fundadores, el Ayuntamiento» (Tribunal Supremo de España, 7 de febrero de 1994).

Para otros autores, como el español Javier Barnés, el simple hecho de que una institución sea de derecho privado no impide en ningún caso que se le apliquen principios propios de la función pública como la transparencia y la imparcialidad. Este autor propone poner el acento no en la naturaleza jurídica de la institución —pública o privada—, sino que tener una mirada funcional en la que lo importante es la naturaleza de la actividad y no el actor que la desempeña. Es decir, con independencia de que la institución sea pública o privada, en el caso de que desempeñe funciones públicas, le serán plenamente aplicables las normas y principios propios del derecho público (Barnés, 2018: 213).

En esta misma línea, hay una tendencia doctrinal desarrollada principalmente en el mundo germánico y que se denomina «comprensión material de la Administra-

ción pública», en virtud de la cual se pone el acento ya no en las formas jurídicas ni en los medios instrumentales utilizados, sino en los fines públicos o la consecución de intereses generales. En definitiva, lo que se busca con esta comprensión material de la Administración pública no es otra cosa sino controlar y encauzar la huida de la Administración al derecho privado (Laguna de Paz, 1995: 206).

Como se puede apreciar, existen diferentes técnicas de derecho público que han emergido como una respuesta a la existencia de estas entidades de derecho privado que desempeñan funciones públicas. En el análisis de jurisprudencia que se presenta a continuación veremos que nuestras instituciones han ido tomando nota también de estos criterios, profundizando progresivamente las exigencias de transparencia y control respecto de las instituciones de la administración invisible del Estado.

Análisis de la jurisprudencia

En esta sección ilustramos cuál ha sido la evolución en el tratamiento jurídico de estas entidades, las cuales han pasado desde una postura inicial que las excluía de la aplicación del derecho administrativo, atendida su naturaleza privada, a la situación actual que las incorpora plenamente a los controles propios del derecho público.

Jurisprudencia administrativa

Contraloría General de la República

Dictamen 24058, de 2007. El dictamen que sigue retrata la situación de la Conaf, respecto de la cual el ente contralor entiende que la Ley 19880 no le resulta aplicable. La Contraloría Regional del Libertador Bernardo O'Higgins remite las consultas de don R. H. y doña P. C., quienes reclaman que la Dirección Regional de la Corporación Nacional Forestal de la Región del Biobío les ha denegado el recurso jerárquico interpuesto para que la instancia superior de esa entidad revisara la legalidad de lo obrado. Esto con la finalidad de que la Contraloría General determine si, dada la naturaleza de los recursos que administra esa Corporación y las finalidades que la misma persigue, esa denegación se ajusta a derecho, considerando al efecto las alegaciones de los recurrentes en orden a que la Ley 19880 sería aplicable a esa Corporación.

Dictamina:

Sobre el particular, corresponde precisar que la propia Ley 19880 al determinar su ámbito de aplicación, dispone, en su artículo 2, que sus disposiciones «serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa». Agrega la citada disposición que «también se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades. Por su parte, según lo dispuesto por la Ley 18348 y

la reiterada jurisprudencia administrativa, contenida entre otros en los oficios 13203 y 53157, de 1975; 12726, de 1995; 55383, de 2003, y 15851, de 2006, la Corporación Nacional Forestal mantiene hasta la fecha la calidad de corporación de derecho privado. En efecto, la referida jurisprudencia ha precisado que la circunstancia de que a dicha entidad privada le haya sido otorgado por diversos cuerpos legales el ejercicio de determinadas funciones públicas no altera esa naturaleza jurídica; como tampoco logran desvirtuarla diversas disposiciones que le han hecho aplicables algunas normas propias del sector público.

Como se puede apreciar, la Contraloría estima que no procede aplicar respecto de la Corporación Nacional Forestal la normativa contenida en la Ley 19880 porque, dado su carácter de corporación de derecho privado, no puede entenderse comprendida en la enumeración del artículo 2 del texto legal citado. Este es el primer hito que se pretende marcar en el presente trabajo para graficar cuál era el criterio primitivo del ente contralor, en virtud del cual se consideraba que la Ley 19880 no podía ser aplicable a una institución privada como la Corporación Nacional Forestal.

Dictamen 77837, de 2015. Don Andrés Casassus Bulnes, a nombre del vivero Jardín Pehuén, expone a la Contraloría General diversas situaciones a que se ha visto enfrentado en el desarrollo de su actividad comercial de exportador de la especie *Araucaria*, en lo relativo a la intervención que en ella le corresponde a la Corporación Nacional Forestal (Conaf). En concreto, alega la vulneración por parte de Conaf de disposiciones de la Ley 19880.

Dictamina:

En lo relativo a la eventual vulneración por Conaf de disposiciones de la Ley 19880, que asimismo el peticionario alega, es necesario precisar que este ente de control mediante el dictamen 24058, de 2007, ha concluido que esa entidad se encuentra al margen de dicho cuerpo normativo, de conformidad con su artículo 2, que fija su ámbito de aplicación.

En este dictamen se reafirma la tesis ya esbozada en el dictamen anterior, en cuanto a que no procede aplicar respecto de la Corporación Nacional Forestal la normativa contenida en la Ley 19880.

Dictamen 33624, de 2020. El diputado don Diego Ibáñez remite consulta relativa a la jurisprudencia existente en materia de publicidad, plazos, planes de manejo y planes de trabajo contenidos en la Ley 20283. Asimismo, se consulta sobre los planes de manejo contemplados en el decreto ley 701, de 1974, sobre Fomento Forestal, y su relación con la aplicación supletoria de la Ley 19880.

Dictamina:

La jurisprudencia administrativa de esta proveniencia —contenida, entre otros, en los dictámenes 13203 y 53157, de 1975; 12726, de 1995; 15851, de 2006; 75374, de

2013; 5326, de 2018— ha venido sosteniendo que la Conaf mantiene la calidad de corporación de derecho privado, sin que integre la Administración del Estado. Producto de lo anterior, mediante sus dictámenes 24058, de 2007 y 77837, de 2015, esta Contraloría General ha manifestado que no procede aplicar respecto de dicha Corporación la normativa de la Ley 19880, en atención a su naturaleza jurídica. Esto, por cierto, a menos que una ley expresamente disponga lo contrario, como precisamente acontece con la Ley 20283, tal como se indicara en el dictamen 44125, de 2009. Sin embargo, se ha estimado pertinente efectuar un reestudio de la materia, teniendo en consideración la necesaria aplicación del principio de realidad que debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo y la búsqueda de soluciones interpretativas que armonicen y uniformen el actuar de las entidades a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones. En esos términos, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en sentencia rol 1024, de 2008 —acerca del proyecto de ley aprobado sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal—, la que en sus considerandos octavo a vigesimotercero, analiza la naturaleza jurídica de Conaf, concluyendo que dicha Corporación es un organismo técnico que ejerce funciones públicas —tal como lo ha señalado reiteradamente la Contraloría General de la República—, declarando la constitucionalidad de las disposiciones que le asignan funciones cuyo cumplimiento envuelve ciertamente el ejercicio de potestades públicas. En suma, se trata de una institución que, aunque formada bajo el derecho privado, ha sido creada por el Estado para la satisfacción de necesidades de la comunidad, con un reconocimiento legal que se consagra, precisamente a partir de la dictación del Decreto Ley 701, de 1974, para cuyo efecto le han sido atribuidas potestades públicas, siendo financiada a través de los recursos que se consultan anualmente en la Ley de Presupuestos del Sector Público. De esta manera, y no desarrollando Conaf actividades económicas que justifiquen la exclusión del Derecho Administrativo, procede concluir que esa entidad se enmarca en el concepto de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Como vemos, en este dictamen del año 2020, lo que hace el ente contralor es partir por mencionar que a lo largo de los años ha sostenido que la Ley 19880 no es aplicable a Conaf, para luego proponer un reestudio de la materia atendida la necesaria aplicación del principio de realidad. En este caso, y de acuerdo con el nuevo criterio que implementa la Contraloría, la realidad nos indica que Conaf, no obstante haber sido creada bajo el alero del derecho privado, lo fue por el Estado con el objeto de satisfacer necesidades de la comunidad, para lo cual además se le ha otorgado financiamiento público, todas razones que permiten concluir que no hay motivos para excluirla del régimen que impone la Ley 19880.

Junto con lo anterior, la Contraloría entiende que los principios constitucionales de transparencia, publicidad y probidad administrativa también son aplicables a Conaf.

Dictamen 160316, de 2021. En el dictamen que se analiza a continuación vemos que la Contraloría entiende que la Ley 19880 es plenamente aplicable a Conaf y también a las corporaciones municipales, a las que incluye dentro del marco regulatorio de las Leyes 19886, 20285, 20730 y 20880.

La Contraloría Regional Metropolitana de Santiago consulta al nivel central del mismo ente acerca de la procedencia de sujetar a las corporaciones municipales a las regulaciones establecidas en las Leyes 19880, 19886, 20285, 20730 y 20880, en aplicación del criterio contenido en el dictamen E33624, de 2020, considerando las funciones eminentemente públicas que aquellas desarrollan.

Dictamina:

a) En relación con la Ley 19880, el ente contralor entiende que las corporaciones municipales, aunque están constituidas bajo el alero del derecho privado, han sido creadas por el Estado con la finalidad de cumplir funciones administrativas, para cuyo efecto les han sido conferidas potestades públicas y además son financiadas con fondos públicos. Es por ello que, a la luz de las consideraciones planteadas en el dictamen analizado, se encuentran sujetas a las disposiciones contempladas en esta ley.

b) Con respecto a la Ley 19886, sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, el dictamen dispone que, en atención a que las corporaciones municipales constituyen el medio a través del cual los municipios desarrollan sus adquisiciones y contrataciones con presupuesto de origen público, corresponde que dichas corporaciones se ajusten estrictamente a la Ley 19886 y su reglamento.

Cabe consignar respecto a este punto que, mediante la Ley 21634, que moderniza la Ley 19886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado, fue publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 2023 y entró en vigor el 12 de diciembre de 2024. En ella el legislador es explícito al disponer que sus reglas se aplicarán de la misma forma a las corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional, además de las fundaciones en las que participe la Presidencia de la República y a las corporaciones, fundaciones y asociaciones no señaladas anteriormente en las que participe de su administración o dirección un organismo de la Administración del Estado, y que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 unidades tributarias mensuales en un año calendario.

c) En lo que respecta a la Ley 20285, el dictamen concluye que a las corporaciones municipales les son aplicables sus disposiciones. Además, indica que dichas instituciones deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los antecedentes señalados en el artículo décimo de dicho cuerpo legal. Lo anterior significa que las corporaciones municipales estarán obligadas a cumplir con una transparencia activa.

d) En relación con la Ley 20730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, se dictamina que serán sujetos pasivos de esta normativa los alcaldes, concejales, directores de obras y secretarios municipales. Además, podrán existir otros sujetos pasivos para efectos de esa ley, cuando ejerzan atribuciones decisorias relevantes o por influir decisivamente en las personas que tienen dichas atribuciones.

e) Finalmente, respecto de la Ley 20880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, se establece que los secretarios ejecutivos y directores de las corporaciones municipales están obligados a presentar declaraciones de intereses y patrimonio, independientemente de si reciben o no remuneración.

En síntesis, podemos apreciar que en este dictamen lo que hace la Contraloría es refrendar lo dictaminado con anterioridad, en cuanto a que la Ley 19880 es plenamente aplicable a Conaf y, no conforme con ello, amplía el campo de acción, en este caso refiriéndose específicamente a otras instituciones que son parte de la administración invisible del Estado, como lo son las corporaciones municipales, a las cuales entiende aplicable ya no solo la Ley 19880, sino que también las Leyes 19886, 20285, 20730 y 20880. Esto se funda en que estas instituciones, pese a su naturaleza privada, se deben sujetar estrictamente a regulaciones públicas específicas por manejar recursos fiscales y tener potestades públicas en el cumplimiento de funciones administrativas.

Dictamen 428359, de 2023. El Ministerio Secretaría General de la Presidencia solicita un pronunciamiento a la Contraloría General para que determine si los organismos que se indican (Servicio de Cooperación Técnica, Centro de Información de Recursos Naturales, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Instituto Forestal e Instituto de Fomento Pesquero) se encuentran afectos a la aplicación de la Ley 19880 —que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado— en el marco del proceso de implementación de la Ley 21180 —de transformación digital del Estado—, que modificó aquel texto legal, disponiendo el uso obligatorio de plataformas electrónicas para la realización del procedimiento administrativo.

Dictamina:

Siendo los organismos analizados entidades de derecho privado en las que el Estado tiene participación o intervención mayoritaria, conforme al principio de primacía de la realidad que debe orientar la labor interpretativa del derecho administrativo, cabe entender que en la medida que se trate de entidades creadas para la satisfacción de necesidades públicas, en las que se encuentre comprometido el interés público y sean financiadas con recursos públicos, constituyen organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones indirectamente. Por consiguiente, no puede sostenerse que se rigen solo por las normas de derecho privado, debiendo analizarse

cada caso a fin de determinar su régimen jurídico (aplica criterio contenido en los dictámenes E33624, de 2020, y E160316, de 2021).

En el dictamen analizado, la Contraloría da aplicación nuevamente al principio de realidad, por lo cual entiende que las instituciones aludidas (Servicio de Cooperación Técnica, Centro de Información de Recursos Naturales, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Instituto Forestal e Instituto de Fomento Pesquero) deben sujetarse también a las disposiciones contenidas en la Ley 19880.

Consejo para la Transparencia

Decisión de Amparo A211-09. Esta decisión de amparo pronunciada por el Consejo para la Transparencia el 31 de julio de 2009 tiene su origen en un amparo presentado en contra de la Corporación Municipal de Peñalolén para el Desarrollo Social, por la no entrega de una copia de un listado de los nombres y domicilios de las personas a quienes se les ha diagnosticado la gripe AH1N1 durante un tiempo determinado, en el Centro de Salud Carol Urzúa.

En su respuesta, la Corporación argumenta como razones para la no entrega de la información que la Ley 20285, en su artículo 7, contempla las causales de secreto o reserva, dentro de las cuales se encuentran los datos sensibles como lo son el estado de salud físico de las personas, agregando que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 20 de la Ley 20285, el cual determina el ámbito de aplicación de la misma, no incluye a las corporaciones municipales, por lo que aplicando la normativa vigente, a dicha entidad no se le aplicarían las disposiciones de esta ley.

Dictamen:

Respecto a si es efectivo que, como plantea la Ilustre Municipalidad de Peñalolén, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública no sería aplicable a las corporaciones municipales, el Consejo determina:

1. Que la integración de entidades privadas al ámbito estatal tiene un carácter meramente instrumental, siendo creadas para mejorar la eficiencia administrativa cuando el Estado no puede alcanzar ciertos niveles de flexibilidad y eficacia dentro de su estructura tradicional. Sin embargo, estas entidades no pueden desligarse completamente del Derecho Público, ya que su origen y finalidad responden al bien común, conforme al artículo 1 de la Constitución.
2. Que la naturaleza privada de estas entidades debe ceder en algunos aspectos al derecho público cuando concurren tres requisitos copulativos:
 - Creación por decisión pública.
 - Integración de órganos de decisión por autoridades públicas.
 - Cumplimiento de funciones administrativas propias del interés general.
3. Que, aunque estas entidades adopten formas jurídicas privadas, deben someterse a principios de probidad y transparencia, pilares fundamentales del Derecho

Administrativo y de la institucionalidad chilena, ya que lo contrario supondría una evasión de controles y un retroceso en garantías hacia los ciudadanos.

4. Que el artículo 2 de la Ley de Acceso a la Información Pública dispone que esta normativa será aplicable a aquellas entidades privadas que cumplan funciones administrativas, como es el caso de la Corporación Municipal de Peñalolén para el Desarrollo Social (CORMUP), ya que respecto de esta última concurren los tres elementos de instrumentalidad. El sometimiento a dicha ley facilita la participación ciudadana y el control social, garantizando el uso adecuado de los fondos públicos y evitando vulneraciones al principio de probidad.

En conclusión, el Consejo para la Transparencia resuelve que la CORMUP estará obligada a cumplir con las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública, por tratarse de un ente que ha sido creado con la finalidad de cumplir funciones administrativas y de interés público, cuya relación instrumental con la Administración del Estado es evidente.

Jurisprudencia judicial

Corte de Apelaciones

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6569-2011. Fundación Integra interpuso un reclamo de ilegalidad contra una decisión del Consejo para la Transparencia que acogió un amparo por acceso a información sobre su personal, remuneraciones y gastos. La fundación rechazó entregar los antecedentes, argumentando que, al ser una entidad de derecho privado y no haber sido creada por ley ni formar parte de la Administración del Estado, no le resulta aplicable la Ley de Transparencia.

Dictamen:

En su fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago reconoce que Fundación Integra es una corporación de derecho privado instrumental creada por el Estado en 1979 con la finalidad de cumplir una función pública, cual es la de apoyar a niños de escasos recursos menores de seis años en su desarrollo integral, contribuyendo a superar desigualdades y facilitar su cuidado.

Luego, se dispone que, pese a que su régimen laboral se rige por el Código del Trabajo, su financiamiento proviene en un 95% de la Ley de Presupuesto del Sector Público, y su órgano directivo está integrado mayoritariamente por autoridades o funcionarios, razón por la cual Fundación Integra debe ser considerada un organismo sujeto a la Ley 20285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Agrega que los artículos 2 y 4 de dicho cuerpo legal obligan a respetar la publicidad de los actos administrativos, lo que permite a cualquier persona acceder a información financiada con recursos públicos, salvo excepciones legales específicas. En este caso, la información solicitada no está excluida por las excepciones del artículo 21 de dicha ley.

En consecuencia, la Corte rechaza el reclamo de ilegalidad, confirmando la obligación de Fundación Integra de cumplir con las normas de transparencia y acceso a la información pública, conforme a la Decisión de Amparo rol C469-11 adoptada por el Consejo para la Transparencia.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4679-2012. La Fundación de la Familia interpuso un reclamo de ilegalidad contra una decisión del Consejo para la Transparencia que acogió un amparo por denegación de acceso a información sobre el programa Elige Vivir Sano. La solicitud requería detalles sobre ingresos, aportantes, beneficios tributarios y gastos del programa. El Consejo ordenó entregar la información al considerar que la fundación tiene vínculo con la Administración del Estado, lo que la sometería a la Ley de Transparencia. La fundación, en cambio, sostiene que no le es aplicable dicha ley por ser una entidad de derecho privado.

Dictamen:

En su fallo, la Corte resuelve desestimar el reclamo presentado por representantes de la Fundación de la Familia en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia. Se establece que la Fundación de la Familia, aunque sea una entidad privada, cumple funciones públicas al ejecutar políticas sociales del Gobierno, recibir financiamiento estatal y estar conformada en su dirección por autoridades públicas. Por tanto, queda sujeta a las disposiciones de la Ley 20285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, razón por la cual se rechazan las alegaciones de inadmisibilidad y se confirma que la solicitud de información se ajusta a derecho, ya que no se configura ninguna causal de excepción legal. Se declara que el Consejo actuó dentro de sus competencias y conforme al principio de legalidad.

Corte Suprema

Sentencia Corte Suprema, rol 30298-2020. La Corte Suprema, en sentencia del 17 de agosto de 2020, conoció un recurso de protección presentado por la Corporación de Gestión Cultural Centro de Extensión del Instituto Nacional José Miguel Carrera contra la Contraloría General de la República. La acción se originó por un oficio que instruía a la Municipalidad de Santiago a cancelar la personalidad jurídica de la corporación y asumir la administración del Centro de Extensión del Instituto Nacional. La Corporación alegó que esta orden era ilegal y arbitraria, ya que, al ser una entidad de derecho privado, la Contraloría no tendría facultades para disponer su disolución.

Dictamen:

Sexto: Que, por tanto, este traspaso de funciones del Estado a entes particulares constituye una respuesta a un momento histórico y de evolución de la sociedad, en que se constató que este no era suficiente para cubrir de manera eficiente y oportuna los requerimientos de la comunidad, razón por la cual, se hacía necesario que la

Administración buscara nuevos mecanismos para alcanzar ese fin que, en definitiva, no es otro que el bien común de los ciudadanos. La doctrina ha entendido a este fenómeno como la huida del Derecho Administrativo o privatización del Derecho Administrativo, expresión acuñada por el administrativista alemán Fritz Fleiner, en el periodo de la posguerra. En nuestro país, dicha manifestación se tradujo en general en la creación de empresas públicas y de sociedades estatales, entre ellas, las corporaciones y fundaciones generadas a iniciativa pública, pero que se constituyen bajo el amparo del derecho privado, para cumplir funciones gubernamentales, organizaciones, que, aun cuando excedan estructuralmente el marco orgánico de la misma, ejercen de algún modo la función administrativa (Daniel Argandoña, Manuel. *La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales*. p 22). Séptimo: Que, lo expuesto, da cuenta que la organización administrativa del Estado es un cuerpo vivo del Derecho Administrativo, que debe ir modificándose y adaptándose a la necesidades del bien común social, por tanto, los órganos que la integran no siempre serán aquellos que han sido constituidos como puramente públicos, a través de Decretos o Resoluciones Exentas, sino que también debe entenderse como parte de ella, a los que ejercen esa función pública, pero que se forman a partir del derecho privado.

En esta sentencia, lo que hace la Corte Suprema en los considerandos sexto y séptimo es hacerse cargo del fenómeno de la «huida del derecho administrativo», esto es, reconocer el hecho innegable de que el Estado se ha visto obligado a traspasar a los particulares algunas de sus funciones, con la finalidad de dar respuesta oportuna a los requerimientos de la comunidad, para luego establecer que la organización administrativa del Estado es «un cuerpo vivo del derecho administrativo», argumento con el cual abre la puerta a entender que los entes que se forman a partir del derecho privado pero que ejercen funciones públicas, también deben entenderse como parte constitutiva de la Administración del Estado.

En los considerandos que siguen —que no transcribiremos en su totalidad en este trabajo—, el máximo tribunal de la República entiende que, aunque es un hecho cierto que las corporaciones que pueden crear las municipalidades son personas jurídicas de derecho privado, igualmente se incorporan a la Administración del Estado, por cuanto para su constitución se requiere de un mandato legislativo previo que otorgue a la municipalidad la facultad de crearlas. Junto con ello,

su finalidad es la de administrar funciones que le corresponden al municipio, las que le fueron traspasadas desde el Estado Central y que son mencionadas como tales en su ley orgánica, de manera que no cabe duda de que ellas cumplen fines administrativos de carácter público y no privado, en tanto que, de no asumirlas, la misma labor debería desarrollarla directamente el ente de derecho público que es el municipio.

Finalmente, en los considerandos finales, y por los argumentos ya esgrimidos, la Corte Suprema señala que estas corporaciones, al ser creadas a iniciativa municipal y, por tanto, al depender su nacimiento de un órgano público, pueden ser fiscalizadas por la Contraloría General de la República.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la segunda atribución que ejerció la Contraloría General de la República, mediante la cual le ordenó a la Municipalidad de Santiago cancelar la personalidad jurídica de la Corporación, obligándola a asumir inmediatamente las funciones que le habían sido delegadas, el máximo tribunal matiza lo planteado antes. Es decir, no hay duda alguna de que el acto administrativo concebido por la Municipalidad de Santiago y en virtud del cual se dio vida a la Corporación, hace que este ente privado sea considerado parte de la Administración del Estado y, por tanto, susceptible de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República; sin embargo, la Corte estima que, si bien la Contraloría tiene efectivamente facultades fiscalizadoras respecto de las municipalidades, estas facultades no son extensivas a la ejecución de las potestades de aquellas. Esto implica que, si bien la Contraloría estaba facultada para ordenar al municipio de Santiago adoptar las medidas necesarias para la cancelación de la personalidad jurídica de la Corporación, esta orden no podía incluir también la instrucción del cese inmediato de la actividad de dicha corporación, haciendo efectivo su término en la vida del derecho, al restarle todas sus atribuciones y traspasárselas a la Municipalidad de Santiago, debido a que esto último le está impedido a la Contraloría por tratarse la corporación de una persona jurídica de derecho privado, respecto de la cual las atribuciones del ente contralor se limitan a la fiscalización del uso y destino de sus recursos.

Como hemos visto a través de este extenso análisis de jurisprudencia administrativa y judicial, durante los últimos veinte años ha existido un tránsito desde la invisibilidad de estas instituciones privadas que cumplen fines públicos a su paulatina pero consistente inclusión a las normas de derecho público. Además, el legislador ha recogido este nuevo escenario mediante la Ley 21634, que moderniza la Ley 19886 de Compras Públicas y las incorpora plenamente. Sin perjuicio de lo anterior, aún se encuentra pendiente materializar esta modificación en otros cuerpos legales como la Ley 20285 sobre Acceso a la Información Pública, lo que permitiría hacer aplicables estas normas a instituciones como Codelco, que está sujeta a la Ley de Acceso a la Información Pública pero no a la Ley 19880.

Conclusiones

1. El concepto «administración invisible del Estado» denota la existencia de entidades privadas que cumplen funciones públicas y son financiadas por recursos fiscales, lo cual genera tensiones relevantes en el marco normativo chileno y en la práctica administrativa.

2. Ha habido una evolución en el tratamiento jurídico y doctrinal de estas entidades. Desde una perspectiva inicial que las consideraba excluidas del derecho administrativo por su naturaleza privada, se ha transitado hacia un reconocimiento de que su accionar se encuentra inexorablemente vinculado a principios y controles propios del derecho público.

3. Tanto la jurisprudencia administrativa como la judicial han impulsado este cambio de paradigma, enfatizando la aplicación del principio de realidad. Este principio permite determinar que, si bien estas entidades se constituyen conforme a normas de derecho privado, cumplen fines públicos esenciales y administran recursos fiscales, lo que las somete a los controles públicos pertinentes.

4. Un aspecto clave identificado es el fenómeno de la «huida del derecho administrativo», que se manifiesta en la creación de entidades privadas con el propósito de evadir los controles y garantías que rigen la actuación de los órganos públicos tradicionales. Si bien esta práctica busca mayor agilidad y flexibilidad en la gestión de funciones estatales, también ha propiciado escenarios de fraude a la ley y mal uso de recursos públicos, como se ha evidenciado en casos de alta connotación nacional. La doctrina y la jurisprudencia han reaccionado proponiendo soluciones que aseguren que estas entidades instrumentales no se conviertan en vehículos de opacidad y desviación del interés público.

5. En este estudio concluimos que, si bien la utilización de entidades privadas para fines públicos no es en sí misma negativa, su éxito depende de la implementación de controles efectivos y de un marco normativo claro que asegure su adecuada regulación. En este sentido, se hace un llamado al legislador para avanzar en una regulación integral que delimite de manera inequívoca los criterios bajo los cuales estas entidades pueden operar, asegurando el respeto a los principios de transparencia, probidad y fiscalización, que son pilares del derecho administrativo.

6. Por último, se pone de relieve la importancia de adoptar una perspectiva funcional en el tratamiento de estas entidades. Más allá de su forma jurídica privada, el foco debe estar en la naturaleza de las actividades que desempeñan y su contribución al interés público. Este enfoque permite garantizar que todas las instituciones que gestionen recursos públicos o cumplan funciones públicas estén sujetas a los mismos principios y controles que caracterizan a la Administración del Estado. En síntesis, la «administración invisible del Estado» constituye un fenómeno que, si bien responde a las necesidades de modernización y eficiencia del aparato estatal, exige una atención constante para evitar su desnaturalización y asegurar su alineación con los principios fundamentales del derecho administrativo y el interés público.

Referencias

- ARGANDOÑA, Manuel Daniel (1985). *La organización administrativa en Chile: Bases fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Disponible en <https://tipg.link/znGK>.
- BARNÉS, Javier (2018). «La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del derecho administrativo». En Marcos Vaquer, Ángel Moreno y Antonio Descalzo (editores), *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 213-249). Tirant lo Blanch. Disponible en <https://tipg.link/znE4>.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Santiago: Legal Publishing.
- CELIS, Gabriel (2020). *Manual de Derecho Administrativo General*. 2.^a ed. Santiago: Librotecnia.
- CLAVERO, Manuel (1962). «Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las administraciones autónomas». *Documentación Administrativa*, 58: pp. 13-35. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DEL SAZ, Silvia (1994). «La huida del derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas». *Revista de Administración Pública*, 33: 57-98. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Disponible en <https://tipg.link/-6mM>.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (1999). *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch. Disponible en <https://tipg.link/znE3>.
- FERNÁNDEZ CASTAÑO, Félix y Francisco de Asís López Velástegui (2017). «La huida del derecho administrativo en la Administración pública española». *Revista Derecho y Cambio Social*, 14 (47). Disponible en <https://tipg.link/znE2>.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1991). «Privatización y reprivatización». *Revista de Administración Pública*, 126: 7-26. Disponible en <https://tipg.link/-6mQ>.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago (1997). «Levantamiento del velo y derecho administrativo privado en el ámbito de la administración local». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275: 361-400. Disponible en <https://tipg.link/znCx>.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (1995). «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 136: 201-220. Disponible en <https://tipg.link/-6mb>.
- LATORRE, Patricio. (2008). «Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno. Naturaleza, límites y control de sus actividades». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 30: 223-240. Disponible en <https://tipg.link/znB7>.

- LICO, Miguel (2013). «Breve estudio sobre los entes instrumentales de la administración y su huida respecto del derecho administrativo». *Erreius*, 1-6. Disponible en <https://tipg.link/zn9h>.
- PIERRY, Pedro (1983). «Cambios en la estructura de la administración del Estado». *Revista de Derecho Público*, 33-34: 101-115. Santiago: Universidad de Chile. Disponible en <https://tipg.link/zn9J>.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2018). «El retorno del derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 206: 37-66. Disponible en: <https://tipg.link/zn9G>.
- SILVA CIMMA, Enrique.(2009). *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO, Pablo (2014). «Huida ilegal del derecho administrativo: Las fundaciones de la Presidencia de la Republica y la ley de transparencia». En Javier Couso (editor), *Anuario de derecho público* (pp. 441-467). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- SOTO KLOSS, Eduardo y Gustavo Reyes (1980). *Régimen jurídico de la Administración del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VALDIVIA, José Miguel (2021). «La administración invisible bajo la mirada de la Contraloría». En *Anuario de derecho público* (pp. 505-523). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Disponible en <https://tipg.link/zn9E>.

Sobre el autor

RAFAEL CORREA SEPÚLVEDA es abogado por la Universidad Católica Silva Henríquez, magíster en Derecho Público por la Universidad Central de Chile, diplomado en Litigación y Nuevos Procedimientos por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y asesor jurídico de la División de Adquisiciones del Ejército de Chile. Su correo electrónico es rafaelcorreasepu@gmail.com.  [0009-0001-9234-6441](https://orcid.org/0009-0001-9234-6441).

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

ASISTENTE DE REDACCIÓN

Jaime Phillips Letelier

jphillips@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rdp@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipográfica

www.tipografica.io