

EXISTEN NORMAS QUE MANDATAN UN CORRECTO USO Y ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y OBLIGAN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS A ACTUAR OBSERVANDO EL PRINCIPIO DE PROBIDAD

RESUMEN

1. La probidad administrativa, la prevención de conflictos de interés, la preeminencia del interés general sobre el particular, la motivación del acto administrativo y la concursabilidad como regla general, son principios transversales a la actuación de toda autoridad y funcionario público, y a la buena administración de los fondos públicos.
2. El principio de probidad administrativa está consagrado en el art. 8° de la Constitución vigente, siendo desarrollado en forma exhaustiva en el Título III de la Ley N°18.575 (art. 52 y 53) y en el art. 1 de la Ley N°20.880, el que consiste en observar una conducta funcionaria intachable con preeminencia del interés general sobre el particular. A la vez, el Estatuto Administrativo dispone que observar estrictamente el principio de probidad es obligación del funcionario (art. 61 letra g,) y una vulneración grave a este se sanciona con destitución (art. 125 inc. 2).
3. Además, tal principio es clave para efecto de la motivación de los actos administrativos (art. 11 y 41 Ley N°19.880).
4. Existe una ley completa dedicada a regular la probidad en la función pública y prevenir los conflictos de interés, la Ley N°20.880. A su vez, la noción de interés general y de conflicto de interés también cuentan con expresa regulación legal. Así, por ejemplo, si se identifican conflictos de interés, se ordena la abstención y comunicación al superior inmediato.
5. Se trata de una materia de alta densidad normativa, que además ha sido complementada por dictámenes de CGR.
6. Por otra parte, la misma Ley N°18.575 (art. 9°) ordena la obligación de concursabilidad, dejando como excepción el trato directo.
7. Finalmente, con relación a las transferencias de recursos públicos a personas o entidades privadas, CGR cuenta con diferentes atribuciones para fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos públicos comprometidos.

I. CONTEXTO

En las últimas semanas diversas transferencias a fundaciones fueron denunciadas ante la Fiscalía por posible delito de fraude al Fisco. Frente a ello, el Gobierno conformó una Comisión de Expertos para la probidad y transparencia en corporaciones y fundaciones, cuyo objetivo es entregar para mejorar la relación entre las fundaciones de la sociedad civil y el Estado¹.

El título de la comisión desliza que las dificultades vistas estarían en cierta medida condicionadas por la naturaleza de las entidades receptoras de recursos públicos. Los problemas de probidad que ha visto la ciudadanía no tienen que ver con la naturaleza jurídica de dichas instituciones, sino con eventuales incumplimientos de deberes que los funcionarios públicos y las autoridades deben observar y aplicar.

¹ <https://www.gob.cl/noticias/equipo-de-expertos-para-la-integridad-en-corporaciones-y-fundaciones-es-presentado-por-el-presidente-boric-conozca-quienes-seran-sus-integrantes/>

Sin perjuicio que cualquier mejora que resguarde un probo y efectivo gasto de los recursos públicos debe ser implementada, es fundamental recordar que existen leyes y diversas normativas que obligan a autoridades y funcionarios públicos a seguir el principio de probidad administrativa y al uso correcto de los recursos públicos.

A continuación, se entrega un breve detalle de las normas vigentes que deben respetar los funcionarios públicos y de aquellas que regulan el trato directo como mecanismo para transferir recursos públicos.

Aunque la Ley de Compras públicas y su reglamento no se aplican directamente a las denuncias, ya que tales transferencias fueron vía convenios, se destaca cómo se ha incorporado el principio de probidad en todo el proceso de adquisición. Esta inclusión tiene el propósito de enfatizar la intención del legislador de que todos los recursos públicos sean gestionados con responsabilidad, transparencia y probidad.

II. PRINCIPALES NORMAS QUE RIGEN EL ACTUAR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS A ORGANISMOS PRIVADOS

a. Los funcionarios públicos tienen la obligación de desempeñar su cargo con estricto apego al principio de probidad administrativa.

- i. El **principio de probidad administrativa está consagrado en el art. 8° de la Constitución vigente**² y es desarrollado en los art. 52° y 53° de la Ley N°18.575, Orgánica de Bases de la Administración del Estado, consiste en **observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular** (art 52° Ley N°18.575).
- ii. La Ley N°19.880 sobre Procedimientos Administrativos exige la probidad en el actuar imparcial de la administración y en la motivación de los actos administrativos³ (CGR dispone de varios dictámenes que refuerzan aquello⁴). Se aborda muy especialmente la probidad en la regulación prevista en la Ley N°20.880 sobre Probidad en la función pública y Prevención de los conflictos de intereses.

1. El art. 1 de la Ley N°20.880 define el “conflicto de interés” de este modo: ***“Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren***

² Artículo 8° de la Constitución Política de Chile: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

³ Sobre el Principio de Imparcialidad: “La **Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación**, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.” (Art. 11°, inciso 1, Ley N°19.8800)

⁴ Dictamen N° 48.031/2010 dice: “Sin perjuicio de lo manifestado, cabe recordar que los actos de los órganos de la Administración deben ser fundados y expresar los hechos y fundamentos jurídicos que les sirvan de sustento cuando afecten los derechos de particulares, de acuerdo con el artículo 11 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–, precepto que, además, exige a la Administración actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación”.

circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias".

- iii. Así, el ordenamiento jurídico impone a los funcionarios públicos la obligación de desempeñar su cargo con estricto apego al principio de probidad administrativa, debiendo observar una conducta funcionaria intachable, con absoluta preeminencia del interés público por sobre los intereses particulares (art. 52, inc. 2, Ley N°18.575).
 1. El **concepto "interés general"** está determinado en el art. 53 de la Ley N°18.575, en estos términos: "*Se expresa en el **recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.***"
 - iv. A su vez, el art. 3° de la Ley N°18.57, consagra como principios que orientan la gestión de la Administración la responsabilidad, eficiencia, eficacia y probidad, entre otros.
- b. Los servidores a honorarios también están sujetos a observar el principio de probidad.**
- i. La CGR ha señalado que, si bien no son funcionarios, son servidores públicos y deben observar el principio de probidad administrativa en el desarrollo de las tareas encomendadas y dar estricto cumplimiento a dicho principio en todas sus actuaciones.
- c. La ley detalla infracciones al principio de probidad administrativa y establece su sanción.**
- i. La Ley N°18.575 (art. 62) contiene un catálogo de conductas que infringen el principio de probidad, pero los actos que pueden afectar la probidad no se agotan en ese listado. CGR ha sostenido de manera uniforme, desde el dictamen N°30.733 del 2000, que las conductas descritas en el art. 62 no son taxativas, señalando que las actuaciones de un funcionario que vulneren la probidad son múltiples y que el legislador no las limitó a un número determinado, sino que, por el contrario, se aseguró de establecer qué conductas no pueden dejar de ser consideradas como una transgresión del principio.
 - ii. **Ante infracción grave a la probidad administrativa se sancionará con destitución** (art.125 Estatuto Administrativo).
- d. Es deber de autoridades y funcionarios abstenerse en procedimientos de contratación cuando exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad.**
- i. Tanto la Ley N°18.575 como la Ley N°19.880 contemplan la abstención como un deber del funcionario o autoridad que se encuentre en las hipótesis descritas en el art. 12 de la Ley N°19.880 (Principio de Abstención). Se trata de una presunción de conflicto de interés que la ley quiere evitar, por ende, ordena la abstención y obliga a comunicarlo al superior inmediato.
 - ii. La ley dispone también de **plazos de incompatibilidad**, en casos que el funcionario se **relacionó profesional o laboralmente "en los últimos dos años"** con la persona natural o jurídica interesada directamente en el acto, **debe abstenerse de intervenir** (art. 12, n°5, Ley N°19.880).

- iii. No abstenerse genera responsabilidad administrativa y no afecta, necesariamente, la validez del acto.
- e. **El Estatuto Administrativo dispone deberes especiales a las autoridades y jefaturas como ejercer un control de la legalidad de las actuaciones de los órganos y sus funcionarios (art. 64° Estatuto Adm.).**
- i. Se los mandata a “**Ejercer un control jerárquico permanente** del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, **como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones**” (literal a);
 - ii. Velar por el cumplimiento de los planes y la **aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones** [...] (literal b), y;
 - iii. **Desempeñar sus funciones con ecuanimidad** y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación [...] (literal c).
 - iv. A su vez, son deberes de todo funcionario público (art. 61° Estatuto Administrativo):
 - 1. Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la **mejor prestación de los servicios** que a ésta correspondan (literal b);
 - 2. **Observar estrictamente el principio de probidad administrativa**, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado (literal g);
 - 3. **Denunciar ante el Ministerio Público** o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicios, **con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquellos que contravienen el principio de probidad administrativa** (literal k).
 - 4. Rendir fianza cuando [...] tenga la administración y custodia de fondos o bienes [...] (literal l).
- f. **La Ley N°18.575 establece como principio general la concursabilidad pública de los contratos.**
- i. Dicha ley dispone que “La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, **salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo**” (art.9 inciso 3). Es decir, desde 1999 se consagra como regla general la concursabilidad, y sólo como una excepción el trato directo, el cual requiere una fundada justificación (Ver Dictámenes N° E126157 de 2021, N° E12140 de 2004, N°15.025 de 2008).
 - ii. El art. 23° de la Ley de Presupuesto 2021, 2022 y 2023, refuerza la obligación que existe desde 1999.
- g. **La Resolución N°30 de 2015 de CGR da instrucciones para la rendición de cuentas de las transferencias al sector privado y para la entrega de nuevos fondos contra rendición previa.**

- i. En cuanto a las transferencias al sector privado, la Res. N°30 de CGR obliga a los receptores a remitir al órgano público otorgante, el comprobante de ingreso de los caudales públicos recibidos, rendirles cuenta de ellos y emitir informes de avance de la inversión, de ejecución de actividades y un informe final (art. 27° Res. N°30 de CGR).
 - ii. Se impide la entrega de nuevos fondos a rendir, si no se han rendido fondos ya entregados. Tampoco procederá la entrega de nuevos recursos mediante cuotas, mientras siga pendiente la transferencia anterior, excepto en la situación que la resolución dispone (art 18° Res. N°30 de CGR)
 - iii. Además, toda rendición de cuentas no presentada o no aprobada por el otorgante, u observada por CGR [...] generará la obligación de restituir los recursos no rendidos, observados y/o no ejecutados, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones que determine la ley. (art 31. Res N°30 de CGR).
- h. También CGR instruye que todo pago es contra avance proporcional, cuando corresponda.**
- i. El otorgamiento de fondos en cuotas deberá, cuando corresponda, ir asociado a un avance proporcional de la actividad, lo que debe quedar consignado en los actos que aprueben dicho otorgamiento (art 19 Res. N°30 de CGR).

III. NORMAS DE INTERÉS DE LA LEY DE COMPRAS PÚBLICAS

Sin perjuicio que la Ley de Compras Públicas no opera en materia de convenios, ya que las transferencias cuestionadas, no corresponden a Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios, es relevante indicar cómo el legislador ha buscado insistir con la observancia del principio de probidad administrativa en todo lo relacionado con el gasto y ejecución de los recursos públicos.

- a. La probidad administrativa también se exige al proveer contratos de suministros y prestaciones de servicios.**
- i. En contratación pública de suministro de bienes muebles y de prestación de servicios, el principio de probidad está expresamente en el art. 4° de la Ley N°19.886 y en los art. 4°, 5 bis y 104 bis del Reglamento⁵.
 - ii. Además, el propio Reglamento (art. 6 bis) consagra el deber de abstención en un proceso de contratación cuando exista cualquier circunstancia que reste imparcialidad, en los términos del art. 62, n°6 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, debiendo poner en conocimiento de su superior la imparcialidad que le afecta.
 - iii. El interés del legislador es definir hipótesis de eventuales conflictos de interés, que puedan lesionar el interés general que debe primar en los procesos de contratación y que se ha entendido como: obtener bienes y servicios de calidad, al mejor precio, con transparencia, colocando siempre la satisfacción de necesidad pública que se busca cubrir con el respectivo acto por sobre los intereses de los funcionarios y de los proveedores.

⁵ Decreto 250 de 2004 que Aprueba Reglamento de la Ley N°19.886 de bases sobre Contratos Administrativos e Suministro y Prestación de Servicios.

b. La ley y su reglamento son claros en indicar los casos en que procede el trato o contratación directa.

- i. La ley dispone en qué **casos fundados se puede realizar un trato directo**⁶, a saber (art 9° Ley N°19886):
 1. Si en la licitación pública no se presentaron interesados, primero procede la licitación privada y, si nuevamente no hay interesados, será procedente el trato o contratación directa (letra a).
 2. Si son contratos de realización o **terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente** por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y el **remanente no supere las 1.000 UTM** (letra b);
 3. En **casos de emergencia, urgencia o imprevisto**, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante. Si el jefe superior del servicio califica indebidamente una situación como emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con multa (letra c).
 4. Si sólo existe un proveedor del bien o servicio (letra d);
 5. Si son convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional (letra e);
 6. Si son servicios confidenciales o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo (letra f);
 7. **Si por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan indispensable acudir al trato o contratación directa**, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley (letra g). El **reglamento detalla 14 casos en que podría realizarse trato directo**, e indica que en tales casos puede contratarse por licitación pública si así lo estimare la entidad licitante (art. 10 Rgto. Ley de Compras Públicas).
 8. Si el monto de la adquisición es inferior al límite que fije el reglamento (letra h).

c. La ley es clara al impedir fragmentar contratos para variar el procedimiento de contratación.

- i. La ley N°19.886 de bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios y su reglamento, dispone que **“La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación”** (art 7, literal c) Ley 19.886 y Art. 13 Dto. 250).

d. Se disponen responsabilidades administrativas si un trato directo está indebidamente fundado.

- ii. El reglamento de la Ley de Compras dispone que fundar en forma indebida un trato directo en las causales del reglamento generará las responsabilidades administrativas (art. 10°, Decreto 250).

e. Todo organismo debe tener un Manual de Procedimiento de Adquisiciones que detalle los mecanismos tendientes a evitar posibles faltas a la probidad.

- i. Todos los organismos del Gobierno Central, Servicios de Salud, Municipios y Fuerzas Armadas y de Orden, afectos a la Ley N°19.886 de compras públicas y a su

⁶ Se entiende por “Trato Directo” el “Procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y para la Privada.” (art 2°, n°31, Reglamento Ley de Compras Públicas contenido en el Decreto N°250 de 2004).

Reglamento, deben elaborar un Manual de Procedimientos de Adquisiciones y publicarlo en el sistema⁷), el que forma parte de los antecedentes que regulan los Procesos de Compras del organismo que lo elabora (art. 4° Dto. 250 de 2004 Rgto. Ley de Compras Públicas).

- ii. Entre las materias que a lo menos debe referirse, están los mecanismos de control interno tendientes a evitar posibles faltas a la probidad.

IV. CONCLUSIÓN

1. Existe un profuso desarrollo normativo y una amplia jurisprudencia administrativa que han dotado de contenido e incorporado la obligación de observar el principio de probidad en el desempeño de cada funcionario público y autoridad. El ordenamiento jurídico mandata a la Administración a respetar el referido principio en cada procedimiento administrativo, particularmente en la motivación de cada acto administrativo.
2. Respecto al trato directo, hace más de dos décadas la legislación establece como criterio general que los contratos sean por concurso público, y sólo como una excepción el trato directo, lo que ha sido refrendado por CGR.
3. Cada contravención al principio de probidad o una fundamentación capciosa para lograr un trato directo, conlleva a lo menos, sanciones y responsabilidades administrativas.
4. Si por una parte es deber del Estado mantener una revisión continua de los procesos de asignación y entrega de recursos, es también deber de los funcionarios mantener un desempeño probo en el ejercicio de sus funciones.
5. El desafío radica en contar con reglas y controles que permitan resguardar los recursos públicos pero que no agreguen tal nivel de burocracia que impidan entregar los recursos a tiempo para entregar los servicios que la comunidad requiere.

V. ANEXOS

1. Normativas que aplican:
 - a. Art 8° de la Constitución Política de la República de Chile.
 - b. Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
 - c. Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
 - d. Ley N°20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses.
 - e. Resolución N°30 de 2015 CGR que Fija Normas de Procedimiento sobre Rendición de Cuentas.
 - f. Resolución Ex. N 1962 de 2022 que Aprueba Normas sobre Control Interno de la Contraloría General de la República.
 - g. Art 23° de la Ley N°21.516 de Ley de Presupuesto del sector público para el año 2023.

⁷ Para ver todos los manuales, revisar: www.chilecompra.cl/manuales-de-procedimientos-de-adquisiciones-del-sector-publico/