

TRANSFERENCIA DE FUNCIONES ESTATALES AL SECTOR PRIVADO EN TRES CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CONCESION DE SERVICIO PUBLICO, EXTERNALIZACION Y SOCIEDAD

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO
Profesor Asistente de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

SUMARIO

Introducción. 1 Concesión de servicio público. 2 Externalización administrativa. 3 Contrato de sociedad.

INTRODUCCION

Urbi et orbe, aquí y allá, todos los días nos sorprende la paradoja de ver cómo ese Estado de fines del siglo 20, todavía receloso de la iniciativa privada y aún parapetado en sus clásicas prerrogativas de imposición unilateral, hoy se acerca cada vez más al calor de los particulares y busca atraer su colaboración y captar sus recursos para —mediando la suscripción de convenios— alcanzar juntos metas de bien común.

Actualmente, casi no hay ocasión en que no escuchemos hablar de asociaciones con privados, concesiones de obras públicas, de externalizaciones, administración delegada de bienes o de concesiones de servicios.

Y, dicho sea de paso, esto es notable, porque en nuestro medio esta fecundidad contractual ha debido abrirse paso dentro de una selva de regulaciones especiales, extraordinariamente dispersas en un mosaico de leyes sectoriales donde es fácil perder el rumbo. Ello hace resaltar la necesidad de hacernos pronto de una mínima codificación al respecto, con una imprescindible parte general que recoja las reglas básicas sobre las que se apoya la actividad convencional de la Administración.

Sin desmedro de subrayar este vacío, lo dicho no significa desconocer el esfuerzo de nuestra jurisprudencia administrativa y

judicial por imprimir una cierta coherencia a esta Torre de Babel. Tanto al *trasplantar* al orden bilateral administrativo los principios generales plasmados en la ley civil —como aquella elemental norma en cuya virtud los acuerdos de voluntad no pueden ser modificados ni revocados por el Estado¹—, cuanto al *innovar* cobijando reglas que —como la teoría de la imprevisión²— siempre habían encontrado hospitalidad en la doctrina del derecho público.

Exuberancia de acuerdos. Heterogeneidad de normas. He ahí —con todo— una especie de panorama aproximado de la situación.

Y en cuanto concierne a esta nueva *belle époque* pródiga en contratos, no está demás dejar sentado que aunque la técnica convencional de la Administración viene de antiguo, la actual proliferación de acuerdos sólo es explicable y congruente con la redefinición del Estado surgida en el plano económico sobre la base del principio de subsidiariedad, que gana terreno al sostén de la fuerza natural de sus postulados y, también, como consecuencia del colapso de los llamados socialismos reales y la bancarota del *Welfare State*.

Ese mismo principio que marca las competencias de lo público y lo privado en el quehacer económico debe servir, en consecuencia, para encarar el denunciado “dadaísmo” de normas del contractual-administrativo y para redefinir sus dogmas clásicos, tanto más cuando una mirada atenta nos advierte que en el trasfondo de muchos de ellos subyace un puro afán ideológico de potenciar el estatismo, lo que siempre trae como secuela inevitable el menosprecio de los derechos de los “simples” ciudadanos, de los “meros administrados”³.

¹En los últimos años se ha producido una abundante doctrina judicial, que refleja esta aplicación extensiva de los principios generales de la contratación; v.g. al señalar que todo contrato administrativo es *una ley* para las partes que no puede, por ende, ser dejado sin efecto sino por mutuo consentimiento o por causas legales, y al sostener que los derechos que derivan de tales acuerdos quedan tutelados por la garantía constitucional al derecho de propiedad, contenida en el art. 19 N° 24 de la Constitución.

Al respecto, sugerimos el análisis de los casos *Anatil*, Corte de Apelaciones de Santiago 11.5.1986 (cons. 11) Corte Suprema 3.6.1986, en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 83 (1986) 2.5, pp. 84-90; *Lubbe Campos*, C.A.P. San Miguel 21.1.1987 (cons. 10) CS 4.3.1987, en Gaceta Jurídica 81 (1987) 23-25; *Sociedad de Agregados Pétreos Ltda.*; CS 21.8.1989 en RDJ t. 86 (1989) 2.5, 92-95; *Productora Ingeniería y Construcciones S.A.*, C.A.P. Stgo. 17.10.1989 en RDJ t. 86 (1989) 2.5, 206-210, además de los veredictos citados en nota 6 *infra*.

²Véase recientemente cómo la Contraloría General de la República ha acogido la teoría de la imprevisión, por primera vez —a nuestro conocimiento— en un pronunciamiento de alcance doctrinario general, en su *Dicamen* 41.409, de 1994.

³Para la crítica a esa visión marcadamente socializante, es de lectura obligada el trabajo de quien —ya a fines de la década de los 60— comenzara su

Sólo para no dejar pasar la ocasión de poner un par de ejemplos: ¿no deja en la boca un cierto sabor a estafa cuando se invoca el "interés general" o las siempre socorridas "necesidades del servicio", a guisa de pretil para pretender el término unilateral y anticipado de un contrato, en la convicción que tras estos universales, a los cuales se suele echar mano, no se ocultan sino los deseos del funcionario de turno? ¿O no huele a fraude semántico cuando se quiere hacer de la "discrecionalidad" en la adjudicación de los contratos un manto de inmunidad, para obstruir la revisión judicial de una selección arbitraria de postulantes?⁵.

Dicho lo anterior y volviendo a ese nuevo contexto en que se reconoce a los particulares la titularidad en la prestación de los servicios, nos proponemos mostrar enseguida cómo, incluso, los privados pueden penetrar e intervenir en el campo de las funciones reservadas

revisión: E. Soto Kloss, *El derecho público ¿por qué tan desconocido?* en *Informe Constitucional* N° 433 (11.11.1992).

⁴Buenísimo, en este sentido, es el fallo recaído en *Corporación de Desarrollo Educacional y Tecnológico*, en que se ventila el reclamo contra un decreto ministerial que dispone unilateralmente el término de un convenio, en que se encomendaba a particulares la administración de un establecimiento educacional, "por razones de interés general".

La Corte de Santiago, en sentencia de 31.1.1994 (confirmada *in totum* por la CS el 10.3.1944) va a tachar de "arbitrario" el decreto cuestionado, "por cuanto sus fundamentos no aparecen razonablemente justificados". Para arribar a esta conclusión, razona que (cons. 7) "las cláusulas abiertas que incluye el legislador mediante fórmulas más o menos vagas —interés general, utilidad pública, bienestar general, salud pública— otorgan al administrador un flexible arbitrio interpretativo, pero en todas las situaciones, las causales que determinaban (sic) la creación del acto deben ser razonables y acreditadas si el asunto se ventila en sede jurisdiccional" (redacción del Abogado integrante y profesor M. Verdugo Marinkovic). Su texto en RDJ t. 91 (1994) 2.5, 42-45, también en *Gaceta Jurídica* 166 (1994) 165-167.

⁵Ha sido dicho y repetido por la jurisprudencia judicial y administrativa que si a la Administración le asiste, al tenor de las bases del certamen, un poder discrecional para adjudicar a la oferta "más conveniente", la elección escapa al control jurídico externo que les cabe a los Tribunales y a la Contraloría General de la República.

Pero una cosa es admitir la obvia selección que le corresponde realizar a la Administración entre las diferentes ofertas —pues ello es de la esencia de toda discrecionalidad— y otra muy distinta es desistirse *a priori* de examinar la arbitrariedad que pueda envolver dicha elección. Las razones de "oportunidad, mérito o conveniencia" que se ponderen en la intimidad de la burocracia, no pueden identificarse como móviles puramente personales o subjetivos que escapen al conocimiento del resto de los postulantes o que puedan ser ocultados a los tribunales, en virtud del principio de la publicidad y transparencia que gobierna los actos de la Administración. De ahí que no puedan servir de comodón para afectar impunemente la norma contitucional que impide a las autoridades hacer "diferencias arbitrarias" (art. 19 N° 2 inciso 2).

al Estado. Para tal efecto, hemos tomado tres modalidades contractuales de uso habitual por la Administración: la concesión de servicio público, la externalización administrativa y el contrato de sociedad.

1. CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

1.1) La concesión de servicio público puede ser definida como aquel acuerdo de voluntades⁶ en que convergen, de un lado, un ente público integrante de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (concedente) y, por otra parte, una determinada persona privada, natural o jurídica (concesionario), cuyo objeto consiste en que aquél transfiera a ésta la ejecución de las prestaciones necesarias para la satisfacción de una necesidad pública.

Habida cuenta que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 62 inc. 4 N° 2 de la Constitución y 3 de la ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (5.12.1986), es inherente a la "función" de los sujetos administrativos la satisfacción de "necesidades públicas", esto es aquellas que el legislador ha decidido que sean asumidas por las corporaciones públicas que componen el Estado, compete también a la ley autorizar su traslado a particulares, facultando específicamente a las autoridades del caso para concurrir a una convención de esta especie, merced a la cual —como se dijo— los privados se encargarán de un cometido "propio" de los entes de la Administración.

Así se infiere claramente del tenor del artículo 34 de la citada ley 18.575: "Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho

⁶Para el tratamiento judicial actual de la concesión de servicio público como "contrato", con todas las consecuencias que de ello se derivan para su estabilidad y la seguridad de los contratantes, pueden verse los veredictos recaídos en *Sociedad de Transportes Internodales Punto a Punto S.A.* CAP. Stgo. 7.8.1990 (cons. 7) en GJ 124 (1990) 119-123; *Compañía Telefónica Manquehue Ltda.* CS 29.1.1991 en RDJ t. 88 (1991) 2.5, 47-58; *Empresa de Residuos Resiter y Cía Ltda.* CAP Stgo. 14.5.1991 CS 1.7.1991, en RDJ t. 88 (1991) 2.5, 164-171; *Sociedad Ferré y Grau Ltda.* CAP. Stgo. 30.10.1991 CS 21.11.1991, en Fallos del Mes 396, 663-667; *Empresa Eléctrica Pehuenche S.A.* CAP. Stgo. 29.11.1991 (rol 6.157-91) en Informe Constitucional 217 (11.12.1991), y *Denham y Cía. Ltda.* CS 18.7.1994 (cons. 3 y 5) en GJ 169 (1994) 57-59.

privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de *contratos*, en los cuales deberá asegurarse el *cumplimiento de los objetivos del servicio* y el debido resguardo del patrimonio del Estado”.

El texto original del artículo 6 Inciso 2° de la ley 18.695 (31.3.1988), orgánica constitucional de municipalidades, era del todo semejante: “Las municipalidades podrán, además, celebrar *contratos*, previa licitación pública, con personas naturales o jurídicas de carácter privado para la *ejecución* o la administración de establecimientos o bie-

Atrás ha quedado aquel fallo permeado de estatismo en el asunto *Testar con Fisco* (1947), que al despojar a una concesión de servicio público de su carácter contractual, pudo llevar a decir que en él “debe estimarse subentendida la facultad del Estado de ponerle fin en cualquier momento, mediante la declaración de caducidad, siempre que el interés público superior así lo aconseje”. Y recuérdese que fue precisamente, a partir de este fallo, que en Chile pudo encontrar arraigo y solera aquel cliché fatídico de que “en derecho público no hay derechos adquiridos”. Su texto en RDJ t. 44 (1947) 2.1, 513-538. La demolición de este slogan en E. Soto Kloss, *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno*, en RDJ t. 81 (1984) Primera Parte, Sección Derecho, 13-23.

El tenor del art. 34 confirma que la locución “ejecución de acciones” no puede estar refiriéndose sino a las funciones “propias” de la Administración, como asimismo son propios los “establecimientos” y “bienes” a que la misma norma alude.

No en otros cometidos que los “propios” de la Administración puede haber estado pensando el legislador, pues en un precepto próximo —artículo 32— acude a la misma fórmula, al contemplar la delegación presidencial de la representación del Fisco, para la “celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio”. Y así lo ratifica la redacción original que esta disposición tenía en el Mensaje de 20.3.1985 (Bof. 601-06), como art. 18: “El Presidente de la República podrá autorizar a los jefes superiores de los servicios centralizados para que, actuando en representación del Fisco, ejecuten los actos y celebren los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines específicos del respectivo servicio”, decía en lo medular.

Cierto es que en el Informe del Presidente de la IV Comisión Legislativa a la Secretaría de Legislación de la H. Junta de Gobierno (27.6.1986), a propósito del texto sustitutivo del art. 35 (art. 20 del proyecto) y que hoy corresponde al art. 34 de la ley 18.575 se dice que “la Comisión Conjunta estima que esta norma no se refiere a la figura de la concesión de servicio público, para los cuales no se requieren de leyes especiales, sino que están sometidas a la ley en general” (pág. 72).

Pero no podemos hacernos cargo de esta afirmación, al desconocerse el concepto de concesión de servicio público que pudieron haber manejado en la H. Junta. Por lo demás, para nuestra definición, basta constatar que el art. 34 se refiere a los contratos en que la Administración transfiere sus funciones propias a particulares.

Es lo que se confirma, después, al discutirse en la misma H. Junta el Mensaje de 16.06.1988 (Bof. 969-05), que daría como resultado la ley 18.721, y que se liga al art. 34 de la ley 18.575, al autorizar a los Serviu para contratar con entidades privadas la prestación de servicios remunerados “para el cumplimiento de determinadas *funciones propias*”. A la postre, esta ley 18.721 (24.6.1988)

nes que posean o tengan a cualquier título⁷⁸. Y para la Contraloría General fue claro, entonces, que esta disposición vino a regular los convenios que celebren los municipios con el sector privado para cumplir sus funciones propias, sean privativas o compartidas, contenidas en

especificaría el objeto de estas convenciones, incorporando la transferencia tanto de funciones propias de los Serviu como también de funciones de apoyo. Y, sin duda, la enumeración que hizo de estas últimas serviría luego para perfeccionar el Mensaje de 30.11.1988, que daría origen a la ley 18.803 (donde se insistirá — como se verá — que el art. 34 de la ley 18.575 sólo se refiere al traslado contractual de “funciones de línea o propias” de la Administración).

“Merced a su similitud con el art. 34 de la LOC 18.575 (5.12.1986), el art. 6 Inc. 2º (original) de la LOC 18.695 (31.3.1988) es norma con rango orgánico constitucional. Así se desprende de la sentencia de 29.2.1988 del Tribunal Constitucional, recaída en esta ley (D. Oficial 11.3.1988).

El art. 6 de la ley 18.695 fue modificado por la ley 19.130 (19.3.1992) art. único N° 4, quedando sus Incisos 2º y 3º como sigue:

“Asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas”.

De igual modo, podrán otorgar *concesiones* para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de determinados establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título”.

Por sentencia de 16.3.1992 (cons. 5), el TC entendió que este Inciso 3 constituye norma propia de ley ordinaria o común, según el art. 60 N° 10 CP, que establece que sólo son materias de ley: “Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o *concesión*” (RDJ I. 89 (1992) 2.6, pág. 26).

Hay un error evidente en este último fallo del TC, pues confunde dos tipos de concesiones totalmente distintas: las concesiones de servicios y las concesiones para la administración de establecimientos o bienes, señaladas en el art. 6, con las concesiones de bienes municipales o nacionales de uso público, que regula el art. 32 (antes art 30) de la ley 18.695. Estas últimas no implican administrar tales bienes, sino otorgar el uso o goce privativo de ellos, y son a este tipo de concesiones a las que se refiere el art. 60 N° 10 CP.

En otro orden, rebasa con mucho los propósitos de estos comentarios ahondar sobre el alcance de la separación de incisos que, al art. 6 de la ley 18.695, realizó esa ley 19.130, al hablar de “contratos” por un lado (inc. 2) y de “concesiones” por otro (inc. 3). Así p. ej. se ha sostenido que es atribución exclusiva del alcalde la celebración de los contratos (art. 56 letra II), mientras que para otorgar concesiones requiere el acuerdo del concejo (art. 58 letra i). CGR entiende que en estas concesiones quedan incluidas las concesiones a que alude el art. 6 (*Dictámenes* 16.262/93, 17.237/93, 2.285/94).

No pensamos así. El art. 58 letra i), como antes lo hiciera el art. 55 letra i) original, señalan que el alcalde requiere ese acuerdo para “otorgar concesiones municipales, renovarlas y ponerles término”, exigencia que sólo puede estar vinculada a las concesiones de bienes municipales o públicos del art. 32 (antes art. 30). Mal pudo pensar el legislador originario de 31.3.1988, al requerir dicho acuerdo, en las “concesiones de servicios municipales” que aparecieron expresadas como tal — en el art. 6 — recién con la ley 19.130 (19.3.1992). Vid. incorporación de penúltimo inciso a dicho art. 6, por la ley 19.388 (30.5.1995) art. 1 N° 1.

los artículos 3 y 4 de esa ley, o para realizar algunas de las tareas específicas correspondientes a las unidades internas señaladas en los artículos 16 a 25 (hoy arts. 17 a 27) del mismo cuerpo normativo, siempre que la naturaleza de la función lo permita y sin que en ellos pueda traspasarse potestad municipal alguna a los particulares⁹. De allí que concluyera que la expresión "ejecución de acciones" abarca las concesiones de servicios municipales¹⁰.

1.2) Para lo que enseguida vendrá, cabe recordar que de acuerdo con la Constitución Política —artículos 6, 7 y 62 inc. 4° N° 2— a la ley corresponde crear las personas jurídicas de derecho público, como también los órganos que integran dichas entidades. A esos sujetos la ley les asigna funciones (fines: satisfacer necesidades públicas) y a estos órganos la ley les confiere atribuciones (medios: potestades).

En ese orden de ideas, es dable reiterar que el contrato de que se trata sólo puede recaer en dichas *funciones*, y ello será admisible siempre y cuando el servicio sea susceptible de ser traspasado a terceros y no esté impuesta la prestación en exclusiva por entidades públicas.

Sentada la premisa anterior, se puede concluir que el contrato de concesión no puede tener por objeto trasladar al sector privado las *atribuciones* que se radican por ley en los órganos administrativos. Y como en tales casos la Administración no se desprende de sus potestades, conserva por lo tanto sus facultades normativas para organizar y controlar el desarrollo normal en la ejecución del servicio concedido, de suerte tal que mantendrá un poder de dirección encaminado a fijar las reglas de funcionamiento que sean pertinentes y un poder de tuición o supervigilancia sobre el concesionario¹¹.

1.3) Ahora bien, como sería absurdo pensar que a través de una autorización para concurrir a un contrato de este tipo el legislador pudiera permitir que se pusiera término al ejercicio de las actividades esenciales del Estado o, lo que es lo mismo, a las funciones que son

Para ilustrar cómo una función propia de las municipalidades puede ser objeto tanto de "concesión" (art. 6 inc. 3) como de "contrato" (art. 6 inc. 2), en este último caso si se encomienda a terceros atender una "necesidad específica", vid. *Dictamen* 2.285/94 (aplica historia fidedigna del establecimiento de la ley 19.130).

⁹Dictámenes 34.119/89, 6.155/90, 11.437/91, 11.967/91, 16.426/91, 30.601/91, 14.945/92 y 23.788/94.

¹⁰Dictamen 11.437/91.

¹¹Sobre prerrogativas de dirección que naturalmente conserva la Administración, para asegurar la consecución del interés comprometido y para fiscalizar el adecuado cumplimiento de las estipulaciones contractuales, ver los fallos

propias de la entidad pública, es menester acotar que la concesión de servicio público no puede involucrar jamás una *sustitución* completa de la Administración, dado que el concesionario no puede asumir *todas* las funciones que ejerce el ente público, sino únicamente la realización de acciones específicas, concretas y previamente determinadas, y por un tiempo también prefijado¹².

Aunque la analogía no es exacta, pero como hay elementos que calzan, en este aspecto el contrato de concesión guarda cierto parecido con la figura del acto administrativo de *delegación* entre empleados públicos. Si bien esta delegación incide en el campo del “ejercicio de las *atribuciones* propias” que le asisten al titular de un *órgano* administrativo (y no en el de las *funciones* propias que ostentan las *corporaciones* públicas y que pueden ser objeto de concesión), ella también debe ser “parcial y recaer en materias específicas”, según manda el artículo 43 de la ley 18.575

1.4) Por otra parte, como se trata de un contrato que versa sobre los cometidos propios de la Administración, se sigue de ello que la autoridad es libre para concurrir o no al negocio concesional, pudiendo ponderar las circunstancias que lo hacen aconsejable.

Y si al él concurre, en razón de que la actividad prestada por el concesionario continúa siendo propia del Estado, como quiera que en dichas circunstancias la autoridad aparece desprendiéndose temporalmente de lo suyo, nada obsta la posibilidad que pueda retomar la actividad, reasumir sus funciones, es decir que pueda “rescatar” el contrato, obvio es que ciñéndose en este caso a las reglas preestablecidas en la legislación y en el propio acto jurídico bilateral.

1.5) Un alcance final acerca de la concesión de servicio público en afán de precisión: de los presupuestos básicos con que hemos decantado su definición, resulta que esta modalidad convencional sólo puede tener cabida y recibir aplicación cuando la Administración es titular en la prestación de un servicio.

de Ferrocarril Santiago Oeste en RDJ t. 82 (1985) 2.2, 64-67 y Empresa Eléctrica Pehuenche S.A. en Informe Constitucional 217 (11.12.1991).

¹²Recuérdese que sobre la materia existe un importante precedente: la sentencia de 29.2.1988 del TC (D.O. 11.3.1988) a propósito de la LOC de municipalidades. De su cons. 23 se infiere que no resulta procedente transferir — de manera amplia — funciones propias de la Administración a entidades con personalidad jurídica de derecho privado. Para la jurisprudencia de CGR en igual sentido, véase nota 22.

Siendo ello así, es pertinente concluir que cuando los particulares actúan prestando un servicio dentro del ámbito privado al que pertenecen —esto es sin penetrar al círculo de las funciones propias de la Administración— no lo hacen por “delegación” del Estado, ni aún en los casos en que requieran un acto unilateral de la autoridad —a modo de autorización o licencia— para acceder al respectivo sector.

En efecto, como las personas son *titulares* del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21 CP), el legislador al regular su *ejercicio* —y siempre que ello no afecte su contenido esencial (art. 19 N° 26 CP)— pueden imponer la comprobación por parte de la Administración de ciertas condiciones o requisitos antes de que el particular pueda incorporarse a la correspondiente actividad¹³. Satisfechas estas exigencias legales y comprobadas que sean, la autoridad ha de expedir, obligatoriamente, ese “acto administrativo” en que consiste este pase o autorización¹⁴.

No hay, pues, en estos casos de autorización previa, un tradicional “acto administrativo de concesión”, por la sencilla razón que el Estado no aparece transfiriendo o confiriendo un derecho nuevo de que antes carecía su destinatario.

Ni tampoco hay, en dichas circunstancias, un “contrato administrativo de concesión” como el que hemos venido estudiando. Una: porque el Estado no se halla en situación de poder discriminar libremente si concurre o no al negocio. Dos: por cuanto tampoco aparece

¹³El legislador parece mantener esa dinámica intervencionista que lo lleva a exigir a los interesados —como condición necesaria— que previo al desarrollo de ciertas actividades económicas consigna la cosabida autorización de la Administración. Bajo la excusa real o supuesta de los intereses públicos que estarían en juego y que es necesario “proteger” de los particulares inescrupulosos o, al menos, no idóneos, proliferan las autorizaciones o licencias de la burocracia, como formas de control estatal *ex ante* sobre dichas actividades privadas, y sin las cuales no se tendrá acceso al respectivo ordenamiento sectorial.

Pero como buena parte de las autorizaciones que se deben tramitar antes de emprender una actividad no están hoy justificadas (como lo demostró el DL 2.950/79 art. 4, al derogar las matrículas y carnés profesionales), seguramente el interés público quedará mejor garantizado con controles ulteriores, como lúcida-mente apunta, para el caso español, J.M. Fernández Pastrana en *Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas*. Revista de Administración Pública (Madrid) 127 (1992) 103-142.

¹⁴Salvo que la ley haya regulado el “silencio” de la Administración en ciertos casos taxativamente indicados, el legislador entiende que, transcurrido un plazo preestablecido sin que la autoridad se pronuncie expresamente, se presume que la petición del particular ha sido acogida (silencio positivo) o, a la inversa, que ha sido denegada (silencio negativo).

desprendiéndose momentáneamente de lo "suyo", o sea de funciones que le son privativas. Y tres: porque le está vedado rescatar la actividad al concluir la vigencia de la licencia.

Resulta imposible, por lo tanto, encuadrar dentro del instituto clásico de la concesión a que antes nos refiriéramos, la técnica del acceso regulado por el Estado a ciertas actividades de producción o distribución de bienes y servicios, que algunas leyes denominan "régimen de contratos de concesión de servicio público". Es el caso, entre muchos otros, de la producción, transporte y distribución de energía eléctrica, según el DFL N° 1 (Minería) de 1982 (13.9.1982), o de la explotación de servicios destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas, conforme al DFL N° 382 (Obras Públicas) de 1988 (21.6.1989).

2. EXTERNALIZACION ADMINISTRATIVA

2.1) Dentro del panorama actual imperante, en orden a que las empresas y servicios —tanto del área privada como del sector público— puedan concentrarse en lo que es su función específica, se inserta el auge actual del así llamado "outsourcing": "out" significa fuera y "source" fuente. Una fuente externa o externalización.

Llevada a la práctica en principio por entidades privadas y hoy también en las públicas, se trata, en síntesis, de un sistema mediante el cual éstas contratan a otras organizaciones para que les brinden servicios que no son propios de su giro o actividad.

En un esquema de reducción de la sobredimensión funcional¹⁶, y como acontece muy a menudo que el Estado no se encuentra preparado para prestar todos los servicios requeridos, por razones predominantemente tecnológicas o porque sus organismos tutelan intereses específicos y desarrollan actividades extremadamente especializadas, todo ello conduce al resultado de tener que acudir a una organiza-

¹⁵Para una primera aproximación acerca de cómo funciona en el mercado, vid. *Nuevo sistema de asesoría incorporan empresas estatales* en El Mercurio (Stgo.) 2.4.1993 A. 1 y 16; *Outsourcing (externalización de servicios)* en El Mercurio (Stgo.) 12.4.1995 (ed. especial de 8 páginas).

¹⁶Sobre variaciones que experimentaron las dotaciones de personal de la Administración civil del Estado entre los años 1973 y 1990, puede consultarse el *Oficio* N° 21.857, de 2.8.1990, de la Contraloría General de la República (División Toma de Razón y Registro) al Presidente de la Comisión de Gobierno Interior y Regionalización de la Cámara de Diputados.

ción externa, de tener que servirse de entes prestadores de servicios pertenecientes al sector privado, para que se hagan cargo de otras tantas tareas específicas, pero anexas o adventicias al cometido propio de los organismos de la Administración.

2.2) En este contexto se gestó el actual Estatuto Administrativo, aplicable a las entidades y órganos públicos señalados en el inciso 1 del artículo 18 de la ley 18.575.

Así, el Mensaje de 18.7.1988 va a incorporar un artículo 3 en el que se plasma un novedoso principio, cuyo contenido, diríamos, casi debe considerarse como parte integrante de las bases orgánicas de la Administración: "Las actividades *que no sean inherentes* al quehacer *directo* de las instituciones no podrán ser consideradas para empleos en planta o a contrata. Su prestación, por regla general, se procurará en el *sector privado*", decía en lo medular.

Y aclaraba el Informe Técnico adjunto del Ministerio del Interior, que su finalidad consiste en "señalar ciertas actividades consideradas *no esenciales* para el directo cumplimiento de las funciones institucionales. Es propósito de la prohibición —añadía— que alcance a oficios tales como electricistas, gasfiteros, mecánicos, pintores, torneros, fotógrafos, guardias, pilotos de aeronaves, mensajeros, matriceros, patronos de bahía, maquinistas y otros de naturaleza similar, así como servicios que se presten en salas cunas, casinos, bienestar y, en general, *los ajenos a las labores propias* de la respectiva institución. Como consecuencia lógica —concluía este informe ministerial—, esas actividades no podrán ser contempladas para empleos de planta o a contrata, debiéndose procurar que su prestación se lleve a cabo a través del *sector privado*".

En definitiva, el artículo 2 de la ley 18.834 (23.9.1989), aprobatoria de dicho Estatuto, tradujo la misma idea original en los siguientes términos: "Los cargos de planta o a contrata sólo podrán corresponder a *funciones propias* que deban realizar las instituciones referidas en el artículo 1°. Respecto de las demás actividades, aquéllas deberán procurar que su prestación se efectúe por el *sector privado*".

El Informe de la Comisión Conjunta de la H. Junta de Gobierno le asigna a la disposición transcrita el carácter de "piedra angular del reordenamiento a que ha sido sometida a la Administración Pública", y si se le objeta la creencia de una distinción más específica entre lo que se debe considerar una "función propia" de la institución, esto es aquella que no puede o no debe ser desempeñada por el sector privado en razón de su naturaleza, y la que no lo es, la Comisión Con-

junta replicará que no es materia propia de esta ley definir tal cuestión, pues la variedad de instituciones que conforman la Administración del Estado impide hacerlo en términos eficaces.

La Comisión Conjunta considera que tal materia debe ser abordada en la ley orgánica de cada institución pública. La "función propia", en suma, es un aspecto que debe ser definido teniendo presente al servicio u órgano al cual se va a aplicar tal definición.

2.3) Sentada la premisa básica, pero entregada su concreción a la casuística heterogénea y caleidoscópica de las leyes de cada servicio, otro cuerpo legal aplicable a ese mismo amplio espectro de la Administración estatal vendría a clarificar —al menos de una manera enunciativa— cuáles son aquellas funciones "no propias" cuya ejecución puede confiarse a los privados por medio de contratos.

En efecto, casi paralelamente a aquella iniciativa que dio lugar al Estatuto Administrativo, por Mensaje de 30.11.1988 iniciaría su proceso de elaboración la que sería la ley 18.803 (12.6.1989)¹⁷, cuerpo normativo que junto a su reglamento, fijado por decreto supremo 21, de Hacienda, de 1990 (24.2.1990), vino a precisar que, a través de la celebración de contratos, es posible trasladar al sector privado la realización de "determinadas labores que no es imprescindible que sean ejecutadas por personal de los servicios públicos", según expresara ese mensaje presidencial.

Y en esta oportunidad, concretamente en las Sesiones Conjuntas de las Comisiones Legislativas de 10.3.1989 y 16.3.1989, como también consta en el Ordinario 6583/130/6 (11.4.1989) del Presidente de la I. Comisión Legislativa a la H. Junta de Gobierno (Secretaría de Legislación), se va a hacer la diferencia —en un lenguaje muy a tono con la época— entre lo que son, por una parte, las "*funciones de línea*" que corresponden a los servicios públicos, y cuya transferencia a terceros para su ejecución contractual amerita ley especial, caso a caso, en los términos del artículo 34 de la ley 18.575, y lo que son, de otro lado, las "*funciones de apoyo*" que siempre es posible, e incluso aconsejable, ceder a entidades de derecho privado por un contrato administrativo, para lo cual es menester una ley general como la que entonces se aprobará¹⁸.

¹⁷Aclaración en el Diario Oficial de 13.6.1989, en el sentido de incorporar la sentencia de 18.5.1989 del Tribunal Constitucional, en que éste declaró que no le correspondía pronunciarse sobre el art. 8, por versar sobre una materia que no es propia de ley orgánica constitucional.

¹⁸De allí el error de ligar el art. 34 de la ley 18.575 con la normativa de la ley 18.803, puesto que inciden en contratos administrativos diversos. Vid. esa homologación improcedente v.gr. en el caso *Denham y Cía. Ltda.* CS 18.7.1994, relativo al contrato de concesión de servicio de utilidad pública, entre el Minis-

Atribuyéndole a la iniciativa, en las referidas sesiones, “un valor docente, para que los servicios se percaten de lo que pueden hacer” (Sr. Hugo Araneda), al paso de hacer constar que sólo una “mentalidad antigua” puede pretender que los servicios públicos sean “autosuficientes y todo puedan hacerlo ellos (Sr. Germán Toledo), todo ello se refleja en el artículo 1º de la ley 18.803, que es útil transcribir:

“Los servicios públicos regidos por el título II de la ley 18.575, podrán encomendar, mediante la celebración de contratos, a municipalidades o entidades de derecho privado, todas las acciones de apoyo a sus funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades”.

“Son acciones de apoyo —continúa su inciso 2º— todas las que no constituyan directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios y que sean *complementarias*, a dichas potestades, *tales como* recepción, recopilación, preparación, revisión, y evaluación de antecedentes; procesamientos computacionales, cobranzas y percepción de pagos, conservación y reparación de bienes inmuebles, aseo u otros servicios auxiliares”.

2.4) De las disposiciones transcritas y, hasta cierto punto, con el auxilio de los documentos que consignan la historia fidedigna de las mismas, es posible distinguir con claridad la diferencia que separa la externalización, que ahora nos ocupa, de la concesión de servicio público a que antes nos refiriéramos, puesto que si bien ambas modalidades suponen una concertación de esfuerzos estatales y privados en miras al bien común, mientras aquella figura contractual únicamente puede recaer sobre las tareas “complementarias” de la Administración, la concesión incide siempre en el ámbito de sus funciones “propias”¹⁹.

Desde luego, aún reconociendo la bondad del inciso 2 del artículo 1 de la ley 18.803, al incursionar en una ejemplarización de lo que son labores de apoyo, y precisamente por su fisonomía meramente enunciativa, persiste el hecho de que zanjar la diferencia entre funciones “propias” y “complementarias”, es una situación que sólo puede

terio de Transportes Telecomunicaciones y particulares, para que éstos puedan operar plantas de revisiones técnicas (art. 95 ley 18.290 y art. 4 ley 18.696). Fallos del Mes 428, 330-333. El mismo error en *Dictamen* 25.987/90.

¹⁹La jurisprudencia administrativa es clarísima, en orden a que, por medio de los contratos reglados por la ley 18.803, no es posible trasladar a los particulares la realización o ejecución de acciones vinculadas a las labores inherentes, esenciales o propias de la entidad pública contratante: *Dictámenes* 22.540/90, 25.987/90, 3.741/92.

verificarse en cada oportunidad, en especial con ocasión del trámite de toma de razón que deben cumplir los decretos o resoluciones que sancionan estos acuerdos de voluntad, en los términos del artículo 3 N° 4 de la Resolución 55, de 1992, de la Contraloría General de la República (31.1.1992)²⁰.

2.5) En otro orden de consideraciones, conviene dejar sentado que si bien se inserta dentro de un panorama general de disminución de las plantas burocráticas, la externalización en análisis no es un contrato destinado a proveer a la Administración de un servicio de suministro de personal, ya que en virtud del principio de legalidad que gobierna la actuación de los órganos estatales, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la ley 18.575, esos carecen de facultades para incorporar personal a sus dotaciones mediante otros mecanismos que no sean los previstos en el estatuto administrativo respectivo.

Antes bien, sentada la premisa del artículo 2 de la ley 18.834 —de que las funciones propias del Estado deben llevarse a cabo por sus empleados dependientes— la externalización que regla la ley 18.803 sólo puede versar sobre las labores complementarias de la Administración, cualquiera sea, eso sí, la extensión temporal de éstas, accidentales o también habituales y permanentes.

En suma, bajo la denominada externalización, toma forma la hipótesis de un verdadero contrato de prestación de servicios.

Una última acotación: los ejemplos que coloca el inciso 2 del artículo 1 de la ley 18.803 pueden llevar a pensar que, por a este medio, a los privados sólo se les puede encomendar labores de índole material, máxime si varios de ellos calzan con los ejemplos empleados por el artículo 16 del decreto ley 2.879 de 1979, tradicionalmente considerados como servicios materiales por la Contraloría General. Mas, a la luz de lo prevenido en el artículo 3 letra c) del reglamento de la ley 18.803, se puede aseverar que la externalización también puede involucrar la prestación de servicios personales, entendiéndose que concurren estos últimos —conforme a la definición que para el arrendamiento de servicios inmateriales proporciona el artículo

²⁰En lo pertinente, dicha resolución establece que están afectos al referido examen preventivo de constitucionalidad y legalidad, los decretos y resoluciones aprobatorios de "Convenios par la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio o acciones de apoyo, celebrados con entidades privadas o con personas naturales, cuando su monto total exceda de 1.000 ó 500 unidades tributarias mensuales, respectivamente, o sea, indeterminado".

2.006 del Código Civil— cuando predomina la inteligencia sobre la obra de mano.

3. CONTRATO DE SOCIEDAD

3.1) Con apego a la misma preceptiva que los regula, se desprende que en los dos contratos anteriores que hemos abordado, la Administración se circunscribe a encargar la ejecución o prestación de un servicio a entidades de derecho privado.

Así es, entonces, que dichas convenciones no tienen por finalidad constituir una entidad o persona distinta a las partes concurrentes. A ellas convergen sujetos separables y diferenciados —uno de derecho público y otro privado— que durante toda la ejecución del contrato mantienen su propia individualidad.

Por consiguiente, esas fórmulas no se identifican con los contratos a que pueden comparecer los organismos de la Administración, con el propósito de participar en actividades empresariales a través de las llamadas “sociedades filiales del Estado”.

En efecto, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución y 6 Inciso 1° de la ley 18.575, y artículo 9 de la ley 18.695, este último para el caso específico de las municipalidades, los entes estatales pueden ser autorizados por ley de quórum calificado, tanto para pasar a formar parte de una sociedad ya constituida en la que antes no tenían participación, cuanto para concurrir a la creación de nuevas sociedades con fines industriales o comerciales

En las condiciones anotadas, en este último evento, y en armonía con lo establecido en los artículos 2.053 y 2.059 Inciso 2° del Código Civil, se pueden inferir que el organismo público así habilitado, se encontrará facultado al mismo tiempo para comparecer a un contrato que va a dar origen al nacimiento de un ente ficticio de carácter societario, es decir a una nueva persona jurídica, que es esencialmente de derecho privado³¹.

³¹Que no puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, como empresas públicas, lo corrobora el art. 6

3.2) Con todo, no obstante esta marcada diferencia, una característica común les asiste a los contratos de externalización autorizados genéricamente por la ley 18.803. y a los contratos de sociedad autorizados, caso a caso, por cada ley de quórum calificado.

La doctrina invariable de la Contraloría General de la República acerca de estos contratos de sociedad, recogida en innumerables pronunciamientos, ha mantenido siempre que su objeto en ningún caso puede tener el alcance de asignar a estas organizaciones privadas el cumplimiento de funciones públicas que la ley ha radicado en los entes estatales que concurren a su celebración, puesto que los fines y atribuciones de estos últimos son materia de ley —acorde con los artículos 6, 7 y 62 inc. 4 N° 2 de la Constitución— y, por consiguiente, sólo por ley puede alterarse su competencia. De esta manera, estas convenciones únicamente pueden involucrar la transferencia contractual de tareas *complementarias* a las funciones propias del Estado²².

Por cierto, a este respecto cabe anotar que el propósito de los preceptos contenidos en los artículos 19 N° 21 Inciso 2° y 6 de la ley 18.575 es limitar la realización de actividades empresariales por órganos estatales o su participación en ellas, lo que aparece inequívocamente, por lo demás, de los propios términos de tales normas y de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada²³.

Luego, como la actividad empresarial del Estado es del todo excepcional, no cabe interpretar en forma extensiva las leyes específicas que habilitan a entidades públicas para comparecer a la creación de entes societarios privados con fines industriales o comerciales, pues, de lo contrario, el Estado podría absorber por esta vía toda la actividad económica nacional. Por lo tanto, para no incursionar en terrenos ajenos al objetivo general del organismo esta-

de la ley 18.575 y una jurisprudencia administrativa uniforme: *Dictámenes* 40.236/66, 14/73, 43.494/73, 10.492/79, 29.674/83, 8.622/94, entre otros.

²²Este predicamento aparece claramente de los *Dictámenes* 34.205/56, 68.129/70, 9.623/84, 7.281/88, 3.530/89, 9.188/89, 9.769/89, 3.214/89, 4.839/90, 25.987/90.

²³*Dictamen* 24.379/92.

tal que concurre a su creación, las funciones *complementarias* de que se hagan cargo estas empresas privadas así formadas, deben tener relación directa con los fines propios que conciernen al Estado, conforme al principio de especialidad que rige a sus organismos administrativos y a los contratos que celebren²⁴.

3.3) Pero la regla anterior, en lo relativo a la atribución que detentan algunos organismos públicos para concurrir a la formación de sociedades filiales y la consiguiente imposibilidad de transferir a éstas las funciones *propias* que a ellos les asisten, cede frente a dos excepciones (la segunda como se verá, es más aparente que real).

Primera: cuando al pertinente contrato de sociedad, le sigue un contrato de concesión administrativa, en cuya virtud el nuevo ente societario así creado podrá asumir específicas funciones *propias* del organismo estatal.

Es lo que prevé, por ejemplo, el artículo 19 N° 24 Inciso 10 de la Constitución, cuando faculta a las empresas públicas para participar en sociedades o asociarse con terceros respecto a la exploración y explotación de hidrocarburos, pero no en lo que concierne a actividades distintas a éstas.

Segunda: cuando se ha impuesto imperativamente por ley la concurrencia del Estado para conformar una nueva sociedad comercial o industrial. No se trata de otra cosa, aquí, que de un contrato forzoso y que se puede apreciar en todos aquellos procesos de "transformación", en que normas legales especiales de quórum calificado regulan la extinción de entidades públicas, como asimismo el traspaso de sus funciones *propias* a nuevas sociedades privadas.

Como en este caso se trata de un proceso consistente en el desplazamiento de servicios o empresas estatales al sector privado.

²⁴Es el principio que está presente —como consecuencia obvia del principio de legalidad— en la sentencia sobre acción de amparo económico (ley 18.971) *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile (Instituto Geográfico Militar)*, CAp. Stgo. 5.12.1991 (cons. 12) CS 8.1.1992, en Fallos del Mes 398, 831-836. Puede consultarse, también, el interesante comentario a este fallo de W. Ortúzar Latapiat, en Informe Constitucional 224 (20.12.1991). Por la buena factura del mismo fallo, recuérdese que su redacción obedece a la certera pluma del prof. M. Daniel Argandoña.

mediante su conversión en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y que generalmente revisten la calidad de continuadoras legales de aquellos, un mínimo de coherencia lógica conduce a concluir que, en ese mismo instante, se ha producido una derogación tácita de la "publicatio": la función que éstas asumen ha dejado de ser "propia" del Estado²⁵.

²⁵Es evidente que una ley que simplemente pretendiera "disfrazar" de privado a un organismo estatal, para "zafarlo" de los "controles y rigideces" del sector público, no sólo implicaría un descarado fraude constitucional, sino una violación flagrante y directa al art. 3 de la Carta. La única manera legítima de flexibilizar la operatividad de los entes administrativos es profundizando su descentralización e imprimiéndoles una mayor autonomía con respecto al poder central.

Si se opta por la "transformación" pura y simple, no queda sino atenerse a sus consecuencias: subyace un reconocimiento que las actividades que asumirán los nuevos entes societarios privados serán también privadas, y por lógica se impone, a la postre, su real privatización, o sea la consiguiente venta de su propiedad y activos a los particulares. Para ello basta una ley simple, según se desprende del art. 60 N° 10 CP, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 9.9.1991 (RDJ t. 88 (1991) 2.6, 99-104).