

TITULO: Reflexiones sobre la gestión de riesgos en las relaciones público-privadas

N°	FECHA	MEDIO	SECCIÓN	PÁGINA
227889	2023-09-09	Elmercuriolegal.cl	Noticias y Reportajes	SP

Imagen 1/1

Opinión | Artículo 1 de 1

Reflexiones sobre la gestión de riesgos en las relaciones público-privadas

“ Si bien los particulares no se encuentran bajo el ámbito de control de la Contraloría, si podrían verse expuestos a consecuencias, tanto legales como reputacionales, producto de este tipo de relacionamiento. El desafío consiste, principalmente, en los mecanismos internos que los particulares deben adoptar, de modo de evitar incurrir en estos supuestos y anticiparse a las eventuales consecuencias que en cada caso puedan surgir...”

Viernes, 8 de septiembre de 2023 a las 9:45



Roberto Burgos y José Gabriel Undurraga

Los órganos públicos deben observar ciertos principios básicos, propios de un Estado Democrático de Derecho, a saber, de legalidad¹, transparencia, probidad, eficiencia y eficacia, cuidando velar por la preeminencia del interés público en todas sus actuaciones, así como evitando situaciones que puedan generar conflictos de interés, debiendo incluso abstenerse de intervenir en determinados supuestos².

Sin embargo, su vigencia y aplicación se pone a prueba día a día en el relacionamiento del ámbito público con el sector privado, siendo importante para los particulares adoptar los debidos resguardos de cumplimiento normativo, a fin de evitar conflictos y consecuencias jurídicas o reputacionales.

Un ejemplo reciente de la relevancia de lo anterior son los posibles conflictos en los eventos vinculados a los casos de transferencias de recursos desde entidades públicas a organismos privados (denominado "Caso Convenios"). También, otro caso es el reciente dictamen N° E378884, de 2023, de la Contraloría General de la República. En este pronunciamiento se aborda el deber de abstención que deben observar funcionarios o autoridades si es que la intervención en determinadas decisiones pueda implicar restar la imparcialidad de la autoridad o servidor público en el caso concreto³.

Considerando el contexto descrito, en esta oportunidad nos enfocaremos en destacar algunos casos en los cuales la Contraloría ha emitido pronunciamientos que permiten delimitar ciertas directrices o guías a propósito de iniciativas de apoyo, convenios de aporte o colaboración, donaciones o transferencias de recursos que en determinadas circunstancias, se verifican desde el mundo privado al sector público. Estas directrices son útiles de tener presente para evitar potenciales conflictos.

El artículo 4° de la Ley N°19.896⁴ establece que los órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuestos cuentan con la facultad de recibir donaciones de bienes y recursos destinados al cumplimiento de actividades o funciones que les competen. Para esto, se requiere de la autorización previa del Ministerio de Hacienda, salvo que se trate de situaciones de emergencia o calamidad.

En línea con lo anterior, el artículo 37 del Decreto Ley N°1939⁵ dispone que la donación de bienes que se haga al fisco por cualquier institución o persona será aceptada mediante una resolución del Ministerio de Bienes Nacionales, sin sujeción al trámite de la insinuación, estando exentas de impuestos, y tendrán la calidad de gasto necesario para producir la renta. Estas donaciones deberán ser puras y simples, pudiendo aceptarse casos de donaciones modales, siempre que la modalidad consista en aplicar el bien donado a la satisfacción de una necesidad pública determinada (artículo 38).

De esta forma, es posible que existan determinados aportes o donaciones a entidades públicas por parte de privados, en la medida que se cumplan con los requisitos establecidos por la normativa referida. Adicionalmente, deben tenerse presente todos los otros casos de donaciones o aportes que están expresamente autorizados por una disposición legal especial aplicable⁶.

Ahora bien, en el marco anterior, centraremos nuestra atención en los eventuales conflictos que se pueden verificar, para lo cual resulta útil atender a lo que se ha establecido por parte de la Contraloría en su jurisprudencia administrativa. Veamos algunos casos.

En materia urbanística, la Contraloría dictaminó que los municipios no pueden recibir aportes de particulares para la elaboración de los planes reguladores comunales, pues con ello se exceden las atribuciones que el ordenamiento jurídico les ha conferido en la materia (dictámenes N°s. 36.604, de 2006, y 12.941, de 2007). En ese sentido, los aportes o donaciones que se puedan efectuar a entidades municipales, en el contexto de materias urbanísticas, implica una eventual pérdida de objetividad para la autoridad. Este riesgo estará también presente en la emisión de los permisos urbanísticos.

Otro ámbito en el cual podemos afirmar que la autoridad debe velar por mantener la objetividad e imparcialidad es en el ejercicio de su potestad sancionadora respecto de las entidades o personas en que instruyen los procedimientos sancionatorios. Al respecto, la Contraloría ha indicado que es inoponente un aporte o donación realizado a una Secretaría Regional Ministerial de Salud por parte de una empresa o entidad que se encuentra sometida a un procedimiento sancionatorio en curso (dictamen N° E126740, de 2021).

También se han emitido pronunciamientos en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental, estableciéndose ciertas directrices en el relacionamiento de entidades privadas con los órganos públicos que intervienen en dicho procedimiento; en concreto, deberes de abstención (dictámenes N°s. 6.518, de 2011; 5.361, de 2015; 3.426, de 2016; 83.419, de 2016; 7.213, de 2020, y E40340, de 2020).

Se puede advertir que subyace en estos pronunciamientos la necesidad de velar por la debida independencia, objetividad y "no captura del órgano público" a consecuencia del aporte o colaboración que el privado pueda proporcionar, previniendo así posibles focos de conflictos y haciendo prevalecer la transparencia, probidad y objetividad que los órganos administrativos deben observar en su actuación.

En definitiva, si bien los particulares no se encuentran bajo el ámbito de control de la Contraloría, si podrían verse expuestos a consecuencias, tanto legales como reputacionales, producto de este tipo de relacionamiento. De esta manera, el desafío consiste, principalmente, en los mecanismos internos que los particulares deben adoptar, de modo de evitar incurrir en estos supuestos y anticiparse a las eventuales consecuencias que en cada caso puedan surgir.

⁴ Roberto Burgos Pinto y José Gabriel Undurraga Martínez son asociado y socio, respectivamente, de Guerrero Olivos.

¹ Artículo 7° de la Constitución y artículo 2° de la Ley N° 18.575.

² Artículo 8° de la Constitución y artículos 3° inciso 2° y 52 de la Ley N° 18.575. Además de las normas de la Ley N° 19.880.

³ Artículos 52 y 62 N° 6 de la Ley N° 18.575, sobre "Bases Generales de la Administración del Estado". En relación con el numeral 5 del inciso 2° del artículo 12 de la Ley N° 19.880, que "establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado".

⁴ Que introduce modificaciones al Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Organismo de Administración Financiera del Estado, y establece otras normas sobre administración presupuestaria y de personal.

⁵ Que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.

⁶ Por ejemplo, los servicios de Salud, según se establece en el artículo 29, literal d) del DFL 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, o las universidades o museos estatales, según dispone la Ley N° 18.985, que "establece normas sobre Reforma Tributaria", entre otras.