

# PERSONAS JURIDICAS EXCLUIDAS DE LA FISCALIZACION DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, SOBRE LA BASE DE UNA CORRECTA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION POLITICA

HUGO CALDERA DELGADO  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

SUMARIO.— I. Servicios, empresas y entidades sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República. 1. Naturaleza de los entes sometidos a fiscalización. 2. Circunstancias de las personas sometidas a examen de cuentas. 3. El inciso segundo, del artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República LOCCGR. 4. Facultad del Contralor General para asistir personalmente o para designar delegados a los Consejos de instituciones sujetas a su fiscalización. II. Elementos estructurales, orgánicos y funcionales que determinan la naturaleza jurídica privada de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos. 1. Constitución de la citada institución. No puede asimilarse una persona jurídica de derecho privado, que no persigue fines de lucro, con alguno de los órganos que integran la Administración del Estado. Los Estatutos de la Caja emanan de sus propios órganos. 4. Patrimonio de la Caja. III. Conclusiones.

## I. Servicios, empresas y entidades sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República

Corresponde analizar la esfera subjetiva u orgánica sobre la que constitucionalmente la Contraloría General de la República (CGR) puede ejercer, actualmente, las atribuciones de control que el ordenamiento jurídico le otorga, análisis que nos permitirá dilucidar si dicho órgano contralor detenta o no potestades fiscalizadoras sobre las personas jurídicas de derecho privado que no reciben aportes financieros provenientes del Estado o de órganos públicos, como es el caso, por ejemplo, de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos (CAEP).

## 1. Naturaleza de los entes sometidos a fiscalización

El inciso primero, del artículo 87, Capítulo IX de la Constitución de 1980 (en adelante CP), determina las funciones de la Contraloría General, diciendo: "ejercerá el control de la legalidad de los Actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los Fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes;..."

El párrafo transcrito comienza con el control de la legalidad de los actos de la Administración, ese control preventivo de constitucionalidad y de legalidad, propiamente de "juridicidad", recae sobre los actos administrativos emanados de los órganos que integran la Administración del Estado. El citado control se denomina toma de razón, de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución y con el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (LOCCGR) N° 10.336, de 10 de julio de 1964 y sus modificaciones.

La toma de razón se efectúa sobre los actos de la Administración, por lo que interesa conocer qué órganos forman parte de aquélla, respuesta que nos proporcionan el número segundo, del inciso cuarto, del artículo 62 de la Constitución y los artículos 1°, inciso final, 25 y 26 de la Ley Orgánica Constitucional de "Bases Generales de la Administración del Estado" (LOCBAE) N° 18.575, de 5-12-1986. Examinemos las disposiciones indicadas.

Art. 62, inciso 4°, N° 2° CP: "Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 2° Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones". Esta disposición constitucional indica que la creación, modificación o supresión de un servicio público es una materia que está comprendida en la "reserva legal" o "dominio legal" y, además, que la iniciativa legislativa para dichos objetos corresponde "exclusivamente" al Presidente de la República, vale decir, que dicha iniciativa no puede surgir, válidamente, del Congreso Nacional. Enseguida agrega que los servicios públicos solamente pueden ser *fiscales*, es decir, entes administrativos estatales que actúan con la personalidad jurídica del Fisco y que, por consiguiente, carecen de personalidad jurídica propia; *semifiscales*, esto es, órganos administrativos públicos descentralizados, con personalidad jurídica propia no fiscal, como por ejemplo las Cajas de Previsión; *autónomos*, es decir, órganos administrativos que pueden tener o no personalidad jurídica propia y ser fiscales o personificados, pero siempre pú-

blicos, como el Banco Central o la Universidad de Chile, que sí son personificados, o como la Contraloría General de la República, que es fiscal y autónomo, no dependiente; *empresas del Estado*, que son entes públicos personificados y que persiguen fines industriales o comerciales, como Ferrocarriles del Estado, Empresa Marítima del Estado, Empresa Nacional de Minería, etc.; *municipalidades*, que la Constitución define diciendo: "son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna".

Los diversos tipos de servicios públicos indicados en el citado número segundo, del inciso cuarto, del artículo 62 de la Constitución tienen en común el ser creados, modificados o suprimidos por una ley, la cual respecto de algunos de ellos será "orgánica constitucional", como acontece con las municipalidades (inciso tercero, del artículo 107 de la CP, del Banco Central, art. 97, de la Contraloría General, inciso final, del artículo 88 de la CP), en otros, como es el caso de las empresas, se requiere de una ley de "quórum calificado" (inciso segundo, del número 21, del artículo 19 de la CP) y en la generalidad de los demás casos bastará con una ley "ordinaria".

La Ley Orgánica Constitucional de "Bases Generales de la Administración del Estado" N° 18.575, en el inciso final, del artículo 1°, define y determina el fin de los órganos que componen la Administración del Estado. La ley define a la Administración en el inciso primero en relación con el inciso final, del artículo primero, de lo que resulta que el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que conforman la Administración, la cual, según el referido inciso final "estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

### 1.1. *Naturaleza de los servicios públicos.*

El inciso primero, del artículo 25 de la LOCBGAE, expresa: Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente

de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas le corresponderá aplicar..."

Esta disposición nos indica que dichos órganos públicos están integralmente sometidos a un régimen jurídico de derecho público, pues deben servir sus cometidos de "manera regular", vale decir, de acuerdo con la Constitución, las leyes, los reglamentos y con las instrucciones del Presidente de la República, de quien necesariamente "dependen" o son "supervigilados", como lo ordena, tácitamente, el inciso primero, del artículo 24 de la Constitución Política, que dice: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado".

Los servicios públicos son parte del Estado, sea que actúen con la personalidad jurídica del Fisco o que posean personalidad jurídica propia, debido a que ellos ejercen la soberanía, vale decir, las potestades de poder público que el ordenamiento jurídico constitucional y legal ha otorgado al Estado. La Administración, a través de los servicios públicos, materializa, concreta, hace realidad los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes, de allí es que los servicios públicos posean atribuciones de poder público y estén facultados para actuar dictando actos administrativos, los cuales no podría emitir, válidamente, ninguna persona jurídica de derecho privado, ni, tampoco, una persona natural que no haya sido investida *regularmente* en un cargo público (inciso primero, del artículo 7° de la CP).

## 1.2. Patrimonio de los servicios públicos

Esta materia está precisada en los incisos segundo y tercero, del artículo 26 de la LOCBGAE, que dice: "inciso 2° Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente". En consecuencia, estos servicios cumplen sus cometidos o tareas con bienes y recursos pertenecientes al Fisco y están sometidos a la dependencia jerárquica del Jefe del Estado, a través del Ministerio que corresponda o directamente si la ley así lo estableciere.

El inciso tercero, expresa: "Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio respectivo". Como se puede observar, estos entes públicos descentralizados actúan con un patrimonio propio, que es público aunque no perteneciente al Fisco, el cual le ha sido asignado u otorgado por una ley.

El patrimonio fiscal y el que la ley les otorga a los servicios descentralizados son patrimonios públicos, pertenecen al Estado, del que forman parte tanto los órganos administrativos centralizados, vale decir, fiscales, como, también, los descentralizados, que tienen personalidad jurídica propia de naturaleza pública.

### 1.3. Organización interna de los servicios públicos

Está determinada por la LOCBGAE N° 18.575, que en el inciso 1°, establece: "En la organización interna de los servicios públicos sólo podrán establecerse los niveles de Dirección Nacional, Direcciones Regionales, Departamento, Subdepartamento, Sección y Oficina". Por su parte, el inciso primero del artículo 28, de la citada ley, dice: "Los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, quien será el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo"; disposición que complementa el inciso final del mismo artículo, al expresar: "En circunstancias excepcionales la ley podrá establecer Consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos, los que tendrán las facultades que la ley señale". Es evidente como una ley orgánica constitucional, de la importancia de la que establece las "Bases Generales de la Administración del Estado", que tiene una jerarquía o fuerza jurídica superior a la de las demás leyes orgánicas constitucionales que recaen sobre entes administrativos específicos, determina, directamente, la organización y denominación del jefe superior de los servicios públicos.

### 1.4. Régimen jurídico del personal de los servicios que integran la Administración del Estado

El artículo 12 de la LOCBGAE N° 18.575, dice: "El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones". Por su parte, el artículo 15, establece: "El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle". El inciso final del citado artículo, dispone: "En el ejercicio de la potestad disciplinaria (por medio de la cual se hace efectiva la responsabilidad funcionaria) se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento".

El régimen estatutario establecido por el artículo 12, está determinado por el inciso primero, del artículo 38, Párrafo "Bases

Generales de la Administración del Estado”, de la Constitución Política, que reza: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

El carácter estatutario, esto es, integralmente regulado por la ley, está subrayado en el artículo 45 de la citada LOCBGAE, que dice:

“Art. 45. El Estatuto Administrativo del personal de los organismos señalados en el inciso primero del artículo 18 regulará la carrera funcionaria y considerará especialmente el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones, en conformidad con las bases que se establecen en los artículos siguientes.

Cuando las características de su ejercicio lo requieran, podrán existir estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades.

Estos estatutos deberán ajustarse, en todo caso, a las disposiciones de este Párrafo”.

La observancia de las normas indicadas como también la de los estatutos generales o especiales, constituye una obligación ineludible para los servicios públicos, así lo determinan los artículos sexto y séptimo de la Constitución Política y lo reitera el artículo segundo de la LOCBGAE, al expresar: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. *Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*”.\*

## 2. *Circunstancias de las personas sometidas a examen de cuentas*

La segunda parte, del inciso primero, del artículo 87 de la Constitución se refiere a las demás atribuciones de la Contraloría General, diciendo que ésta “examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”-

---

\* El subrayado es nuestro.

Las personas a que se refiere la disposición transcrita pueden ser naturales o jurídicas de derecho privado, pero los bienes que aquéllas tengan a su cargo deben ser bienes de órganos públicos, integrantes de la Administración del Estado, y no se aplica dicha norma cuando los bienes son privados, esto es, pertenecientes a personas naturales o a personas jurídicas de derecho privado.

En consecuencia, tanto el examen como el juzgamiento de cuentas sólo proceden respecto de personas que tengan a su cargo bienes públicos, pertenecientes a órganos públicos, fiscales o personificados.

## 2.1. Llevar la contabilidad general de la nación

Esta función sólo puede ejercerse respecto de los órganos de la Administración del Estado y de las personas jurídicas regidas por el derecho privado, pero que son filiales de servicios o de empresas públicas creadas por ley. Hay que considerar lo establecido en el inciso primero, del artículo sexto de la LOCBGAE, que dice: "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales".

## 2.2. Desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva

Esta atribución debe entenderse en relación con el marco establecido por el inciso primero, del artículo sexto, que sienta el principio de preeminencia constitucional, al decir: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Este principio esencial hay que vincularlo al principio de subsidiariedad, establecido en la norma del inciso tercero, del artículo 1º de la Carta, además, debe enlazarse con la disposición que expresa que los fines del Estado deben alcanzarse "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece", los principios que formulan los preceptos indicados hay que integrarlos con la norma que fija el límite al ejercicio de la soberanía (inciso final del artículo 5º) y, también, con su complemento consagrado en el número 26, del artículo 19, todos de la Constitución Política actual.

Ha quedado establecido como un dato irrefutable el marco dentro del cual la Contraloría General de la República puede ejer-

cer, válidamente, sus atribuciones fiscalizadoras, las cuales sólo pueden recaer en las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, vale decir, en los servicios públicos y empresas públicas creadas por ley, en las personas que tienen a su cargo bienes públicos y, también, en las personas jurídicas privadas que son filiales de servicios u órganos públicos o en las que el Fisco y sus órganos tengan aporte de capitales. Las personas jurídicas de derecho privado en las que ni el Estado ni sus órganos tengan aporte de capital, quedan fuera de la competencia del referido órgano de control.

### 2.3. El artículo 11 de la Ley N° 14.832

Con el propósito de precisar jurídicamente el límite fijado para el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, analizaremos si el órgano contralor está o no facultado, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, para fiscalizar o controlar a una persona jurídica de derecho privado que no persigue fines de lucro, como es el caso de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos. El análisis indicado, esto es, de la relación existente entre la Contraloría General de la República y la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, tiene mayor interés debido a que un artículo de la Ley N° 14.832, colocó a esta última institución bajo el control de la Contraloría General, circunstancia que nos hará investigar si dicha norma legal está aún vigente o si ella fue derogada tácitamente al momento de la entrada en vigor de la actual Constitución Política.

Enseguida demostraremos que la atribución de la Ley N° 14.832, que otorgó facultades a la Contraloría General de la República sobre la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, se encuentra derogada tácitamente, por ser contraria a disposiciones de la actual Constitución.

La Ley 14.832, cuyo artículo 11 estableció que: "La Caja de Ahorros de Empleados Públicos quedará sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República", dictada bajo la vigencia de la Constitución Política de 1925, quedó derogada, tácitamente, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, el 11 de marzo de 1981. La derogación de la norma contenida en el artículo 11 de la citada ley, se encuentra derogada por diversas causas, todas las cuales armonizan plenamente. Como dijimos la primera causa de su derogación tácita, que es la más importante operó en virtud del principio de preeminencia de la Cons-

titución; enseguida debido a que aquélla consagró el principio de subsidiaridad del Estado respecto de los grupos intermedios, que nacen de la autonomía de la voluntad, erigida sobre la libertad de las personas, la cual se expresa en el ejercicio de los derechos que la Constitución les reconoce y garantiza. Luego y en relación con el principio de subsidiariedad hay que considerar que dicho artículo 11, es inconciliable con el límite que la Carta impuso de manera explícita al ejercicio de las potestades públicas por parte de los órganos del Estado, límite que es jurídicamente infranqueable, cuando la actividad de dichos órganos afecta la esencia de los derechos (artículos 5º, inciso final y artículo 19, número 26, ambos de la CP). Junto a los motivos referidos, que derogar la norma contenida en el artículo 11 de la Ley N° 14.832, está el precepto constitucional que condiciona la validez de las actuaciones de los órganos del Estado, el cual no admite la validez de una competencia otorgada por una ley, cuando dicha ley es inconciliable con la Constitución, esta fundamentación se asienta en el artículo séptimo, en relación con el principio de preeminencia de la Carta (art. 6º, inciso 1º) y con la sanción de nulidad establecida en el inciso final de los artículos 6º y 7º de la Constitución.

A mayor abundamiento, hacemos presente que el citado artículo 11 de la Ley N° 14.832 es incompatible con lo establecido en los artículos 1º, 25 y 28 de la Ley Orgánica Constitucional de "Bases Generales de la Administración del Estado", que determina los órganos que configuran la Administración de Estado, los cuales deben, necesariamente ser creados dentro del marco que establece el número segundo, del inciso cuarto, del artículo 62 de la Constitución, y es precisamente sobre los actos administrativos emanados de esos órganos públicos donde deben ejercerse las funciones que el artículo 87 de la Constitución asigna a la Contraloría General de la República.

Además de lo anteriormente expuesto, es preciso considerar que la Contraloría General al proponer al Presidente de la República la dictación del texto refundido de su ley orgánica, como lo autorizaba el artículo tercero de la misma Ley 14.832, no incorporó la atribución que le otorgó aquella misma ley en el artículo 11. El citado texto refundido lleva el número de Ley 10.336, que ya tenía la Ley Orgánica de la Contraloría, y fue publicado en el DO de 10 de julio de 1964. Hemos dicho que la Constitución actual dispone en el inciso final, del artículo 88 que: "En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional"; esa categoría normativa confirió al citado texto refun-

dido publicado el 10 de julio de 1964, la disposición *quinta transitoria* de la Constitución, en los términos siguientes: "Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y *seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución*, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

En conformidad con lo establecido en la disposición quinta transitoria, las leyes actuales, dictadas antes de la vigencia de la Constitución de 1980, tienen momentáneamente la categoría de orgánicas constitucionales, mientras no se dicten los nuevos cuerpos legales, a condición de que aquellas leyes "no sean contrarias" en todo o en parte "a la Constitución", actualmente vigente. Si el texto refundido de la Contraloría General hubiere incluido la atribución que le confirió el artículo 11 de la Ley 14.832, dicho precepto estaría derogado, de todas formas, en razón de que su sustancia y debido a que la competencia que dicho precepto le atribuyó al organismo de control es objetivamente contrario a la Constitución de 1980.

Por las razones expuestas, todas debidamente fundamentadas en preceptos esenciales de la Constitución, como acontece con los contenidos en el Capítulo I "Bases de la Institucionalidad" y en el artículo 87, en el 88, inciso final, y en la disposición quinta transitoria, además de las normas de la LOCBGAE, indican claramente la derogación tácita operada en relación con el artículo 11 de la Ley N° 14.832.

### 3. *El inciso segundo del artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República*

Corresponde dilucidar si el actual artículo 16 de la LOCCGR, que reemplazó al anterior, en virtud de lo establecido en la letra B), del artículo 1º, del Decreto Ley N° 38, DO del 2 de octubre de 1973, otorga, verdaderamente, atribuciones o competencia al citado órgano contralor sobre las actividades que desarrolla la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, que es una corporación de derecho privado, sin fines de lucro, de la clase que regula el Título XXXIII, del Libro I del Código Civil, personas jurídicas que, como hemos demostrado, nacen de la autonomía de la voluntad, basada en la libertad y en los derechos que la Constitución Política reconoce a las personas.

El inciso primero del citado artículo 16 de la LOCCGR se refiere a los servicios públicos, que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría, motivo por el cual sería innecesario analizarlo, labor que ya efectuamos (ver el número 1, de la I Parte).

Nos corresponde examinar el contenido del inciso segundo, del citado artículo 16 de la LOCCGR, que dice: "También quedarán 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 esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional".

Es necesario considerar la naturaleza de los sujetos u órganos a que alude el inciso segundo, del artículo 16 de la LOCCGR para determinar si la Caja de Ahorros de Empleados Públicos está o no incluida en el citado precepto.

### 3.1. Empresas, sociedades o entidades públicas o privadas

En primer término debemos precisar que los órganos indicados en la primera parte, del citado inciso segundo, del artículo 16 de la LOCCGR no constituyen servicios públicos u órganos creados por ley, que formen parte de la Administración del Estado, sino personas jurídicas de derecho privado. Los órganos públicos aparecen mencionados expresamente en el inciso primero, del referido artículo 16, cuya primera parte dice: "Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y, en general, todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República..."

En consecuencia, los órganos mencionados en el inciso segundo, del artículo 16 constituyen tipos de personas jurídicas de derecho privado. Sin embargo, entre los órganos enumerados hay una calificación alternativa acerca de la naturaleza de dichos órganos que es preciso aclarar, para evitar que se incurra en una interpretación errada. El calificativo dice que las empresas, sociedades o entidades pueden ser "públicas o privadas". ¿Qué significa dentro del contexto del artículo 16 la frase "También quedarán 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, etc.? La respuesta es muy sencilla, ella fluye lógica y espontáneamente del contexto en que se encuentra incluida. Se trata, siempre, de personas jurídicas creadas sobre la base de reglas de derecho privado, pero algunas de ellas, manteniendo dicho carácter, pudieran haber sido creadas por órganos públicos, que habían sido especialmente habilitados para ello por una ley. Estas personas jurídicas de derecho privado, creadas por un órgano público, competente para hacerlo, son filiales de dichos órganos, y constituyen lo que se denominó el "sector público invisible" del área pública empresarial, dado que como adoptaron la estructura y organización de las personas jurídicas de derecho privado y su funcionamiento y responsabilidad se regían; también, por el derecho privado, no se podía advertir, a simple vista, que sus fondos provenían, indirectamente de aportes de capital, total, mayoritario o minoritario, efectuado por órganos públicos o por sociedades anónimas estatales o de economía mixta que, a su vez, habían sido generadas por órganos públicos, habilitados para ello por una ley.

Estas empresas, sociedades o entidades no corresponden al género de las corporaciones o fundaciones de que trata el Título XXXIII, del Libro I del Código Civil, sino que al tipo de las sociedades mercantiles regidas por el Código de Comercio.

### 3.2. Aportes de capital del Estado, de sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas

El inciso segundo, del artículo 16 de la LOCCGR establece como requisito indispensable para que la Contraloría General de la República pueda fiscalizar a las personas de derecho privado allí mencionadas, la circunstancia de que en dichas personas jurídicas de derecho privado el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas "tengan aporte de capital mayoritario o minoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones,..."

El requisito señalado se refiere, realmente, a la concurrencia de dos condiciones; la primera de las cuales consiste en que "el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas" hubieran efectuado en las personas jurídicas privadas aportes de capital, bajo cualquiera de las modalidades

establecidas en el inciso segundo, del artículo 16; y la segunda condición exige que dichos aportes se mantengan, aunque hubieran sido aumentados o disminuidos, esto es, que los aportes existan, no basta que aquéllos se hubieran efectuado si después se les retiró "totalmente", esto es lo que se expresa en la frase "tengan aportes de capital".

En consecuencia para que la Contraloría General de la República pueda ejercer sus atribuciones fiscalizadoras sobre las personas jurídicas privadas a que alude el inciso segundo, en la primera parte, es requisito indispensable que se den ambas condiciones.

### 3.3. Representación o participación del Estado o de sus empresas, sociedades o instituciones públicas —centralizadas o descentralizadas— en personas jurídicas de derecho privado

Es un dato inobjetable que el Decreto Ley N° 38, de 1973, que modificó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se dictó antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución, lo que aconteció el 11 de marzo de 1981.

En conformidad con los principios esenciales establecidos en la actual Constitución, en particular de los que se recogen en su Capítulo I "Bases de la Institucionalidad", que tienen mayor fuerza obligatoria que la de las normas contenidas en los otros Capítulos de la Carta, los órganos públicos que no tengan aportes de capital en las personas jurídicas privadas a que se alude en la primera parte, del inciso segundo, del artículo 16 de la LOCCGR no pueden, de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución actual, tener representantes o participación de ninguna naturaleza en aquellas personas jurídicas privadas. En ausencia de aportes públicos de capital en las personas jurídicas privadas, no tiene aplicación la norma del citado inciso segundo, del artículo 16 que da atribuciones fiscalizadoras a la Contraloría General, por impedirlo el principio de subsidiariedad del Estado, el principio de la "esencia del derecho" como límite al ejercicio de las potestades públicas y el principio de la preeminencia de la Constitución, que condiciona la validez de las competencias que las leyes hayan conferido a los órganos públicos, en el sentido de que las atribuciones o potestades legales deben estar en total armonía con la Constitución.

4. *Facultad del Contralor para asistir personalmente o para designar delegados a los Consejos de instituciones sujetas a su fiscalización*

El artículo 12 de la LOCCGR, dice: "El Contralor General de la República tendrá derecho a asistir, por sí o por delegado, a las sesiones de los Consejos de las instituciones cuya fiscalización le esté encomendada, con derecho a voz y sin percibir mayor remuneración".

La atribución conferida en la norma transcrita no afecta a las personas jurídicas de derecho privado que no reciben aportes financieros del Estado ni de los órganos públicos y, tampoco, a la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, por diversas razones que enseguida expondremos. En primer término por el hecho de haberse operado una derogación tácita de la norma establecida en el artículo 11 de la Ley N° 14.832, a consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Enseguida, porque la Caja no es un servicio público, pues ella no forma parte de la Administración del Estado (ver números 1., 1.1., 1.2., 1.3., y 1.4. de la I Parte). Porque la Caja tampoco es una sociedad mercantil en la que el Estado, sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas mantengan aporte de capital, sea en forma mayoritaria o en igual proporción, o, en las mismas condiciones. Debido a que la Caja es una corporación de derecho privado que no persigue fines de lucro, donde todos sus elementos orgánicos y funcionales y su responsabilidad se regulan, integralmente, por normas de derecho privado.

En consecuencia, la atribución que el artículo 12 de la LOCCGR confiere al Contralor no le dan a dicho funcionario la facultad para asistir personalmente ni por representación a las sesiones del Consejo de la Caja.

## II. ELEMENTOS ESTRUCTURALES, ORGANICOS Y FUNCIONALES QUE DETERMINAN LA NATURALEZA PRIVADA DE LA CAJA DE AHORROS DE EMPLEADOS PUBLICOS

Corresponde efectuar un análisis que pruebe, de manera objetiva e irrefutable, que los diversos elementos relativos a aspectos estructurales, orgánicos y funcionales de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos la configuran como una persona jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, de que trata el Título XXXIII del Libro I del Código Civil.

Con el propósito reseñado examinaremos diversos elementos que tipifican a dicha institución como una persona jurídica sobre la cual la Contraloría General de la República carece, absolutamente, de atribuciones fiscalizadoras. Las conclusiones provenientes del análisis de los elementos orgánicos y funcionales de dicha Caja serán plenamente aplicables a las demás personas jurídicas de derecho privado que no reciben o mantienen aportes de capital del Estado o de órganos públicos.

### 1. *Constitución de la citada institución*

La constitución de una persona jurídica privada, sin fines de lucro, como es el caso de la Caja, es la resultante de la autonomía de la voluntad, que sobre la base de la libertad motiva a un grupo de personas naturales a ejercer el derecho de asociación, que la Constitución actual consagra en el número 15, del artículo 19 de la Constitución. De esta manera, los organizadores deciden dar forma a una corporación regida por el citado Título XXXIII del Libro I del Código Civil.

Luego de redactados sus estatutos, que determinan su razón social, sus fines, su duración, domicilio, organización y representación legal se procede, en conformidad a lo establecido en el referido Código, en el Decreto Supremo N° 110, del Ministerio de Justicia, "Reglamento sobre concesión de personalidad jurídica", publicado en el D.O. de 20 de marzo de 1979, a solicitar el otorgamiento de personalidad jurídica. Dicho acto de concesión se contiene en un Decreto Supremo firmado por el Ministro de Justicia, por orden del Presidente de la República, conforme con lo que establecen los artículos 19, N° 15, inciso tercero y 35, inciso segundo, ambos de la Constitución Política. Esas disposiciones expresan:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 15, inciso 2°. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley".

"Artículo 35, inciso 2°. Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley".

El decreto que confiere la personalidad jurídica no es un acto administrativo discrecional, puesto que deberá otorgarse siempre que la asociación cumpla con la ley, y cuando sus fines no sean contrarios a la moral, al orden público ni a la seguridad del Estado. Así lo indica expresamente el inciso cuarto, del número 15, del ar-

título 19 de la Constitución: "Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado".

El artículo 1º del Estatuto de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, aprobado por Decreto del Ministerio de Justicia N° 2.559, de 8 de septiembre de 1964, dice: "La Caja de Ahorros de Empleados Públicos, institución de derecho privado, fundada el año 1858, tiene por objeto fomentar el ahorro entre sus imponentes y prestarles los servicios que se contemplan en los presentes Estatutos. Su domicilio es la ciudad de Santiago".

En consecuencia, la Caja corresponde a la definición contenida en el artículo 545 del Código Civil, pues es una persona jurídica "capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

El inciso segundo, del número 15, del artículo 19 de la Constitución, dice: "Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley", por su parte, veremos que armoniza con esa norma suprema el artículo 546 del citado Código, que expresa: "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República".

La Constitución de 1925 contempla de manera explícita y como una atribución especial del Jefe del Estado el otorgamiento de personalidad jurídica a las asociaciones privadas; en efecto, su artículo 72, decía: "Son atribuciones especiales del Presidente: 11. Conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, y cancelarlas; aprobar los estatutos por que deban regirse, rechazarlos y aceptar modificaciones".

Por su parte, la Constitución actual contiene dicha atribución de manera implícita, en el artículo 32, número octavo, "Art. 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8º. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad *de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*".<sup>1</sup>

En consecuencia, tanto el otorgamiento de personalidad jurídica a las asociaciones privadas, la aprobación de sus estatutos y su modificación, como la cancelación de la personalidad jurídica no son atribuciones discrecionales, sino regladas. Los referidos actos administrativos no pueden ser discrecionales, porque ello estaría

---

<sup>1</sup> Ver Código Civil, art. 546.

en abierto desacierto con la Constitución, desde el momento en que si aquéllos fueran discrecionales se vulneraría la esencia de uno de los derechos fundamentales de la persona humana, como es el derecho de asociación. La discrecionalidad en el otorgamiento o cancelación de la personalidad jurídica dejaría entregada a la apreciación subjetiva de la autoridad el ejercicio de uno de los derechos esenciales de la persona humana, y con ello se vulnerarían diversos preceptos constitucionales, específicamente, el inciso cuarto, del artículo 1º, que dice que el bien común debe alcanzarse por el Estado “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”; también se violaría la norma establecida en el inciso final del artículo 5º, norma que determina el límite al ejercicio de la soberanía, al decir: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”; del mismo modo, la discrecionalidad contravendría la garantía establecida para reforzar la intangibilidad de los derechos públicos subjetivos, en el número veintiséis, del artículo 19, que expresa: “La Constitución asegura a todas las personas: 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”; además, la discrecionalidad estaría en contra de la norma constitucional que determina los requisitos que deben reunir los actos administrativos —y actos públicos, en general, incluidos los actos legislativos— para ser válidos, pues las funciones o actuaciones de los órganos del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, así resulta de la interpretación armónica del inciso primero, del artículo 7º, en relación con el inciso primero, del artículo 6º, ambos de la Constitución Política.

Por tanto, una persona jurídica de derecho privado, que no persigue fines de lucro, como es el caso de la Caja, surge del ejercicio de un derecho, reconocido por la Constitución y reglamentado en la ley, y el otorgamiento de la personalidad jurídica nace de un acto administrativo reglado, que la autoridad tiene la obligación de dictar, a menos que la asociación requirente se proponga fines u objetivos contrarios a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado.

2. *No puede asimilarse una persona jurídica de derecho privado, que no persigue fines de lucro, con alguno de los órganos que integran la Administración del Estado*

Hemos demostrado que los servicios públicos son órganos surgidos del ordenamiento jurídico público, de la Constitución Política que determina su generación por ley, cuya iniciativa corresponde exclusivamente al Presidente de la República, y de los reglamentos de ejecución de sus leyes orgánicas, actos de general aplicación que la Constitución consagra como una atribución especial del Presidente de la República, así lo establecen los artículos 62, inciso cuarto, número segundo, el 60, número segundo y 32, número octavo, todos de la Constitución Política; y, también, los artículos 1º, 25 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de “Bases Generales de la Administración del Estado” —LOCBGAE—. Los órganos de la Administración del Estado están regulados integralmente por reglas de derecho público (ver números 1.1., 1.2., 1.3. y 1.4., de la I Parte).

Por consiguiente, aunque una ley presente o futura estableciera cargas o fiscalizaciones que jurídicamente deben recaer sobre los órganos de la Administración del Estado, respecto de una persona jurídica de derecho privado, que no persigue fines de lucro, y que está regida por el citado Título XXXIII, del Libro I del Código Civil, dicha ley estaría incuestionablemente en contra de lo que establece la actual Constitución. Si dicha ley hubiera sido promulgada antes de la vigencia de la actual Constitución, estaría derogada tácitamente;\* si la ley hubiera sido dictada durante la vigencia de la actual Constitución, estaría viciada de inconstitucionalidad, y procedería pedir su inaplicabilidad.

3. *Los Estatutos de la Caja emanan de sus propios órganos*

Se ha indicado que la Constitución de 1925 incluía explícitamente en las atribuciones especiales del Presidente de la República “el aprobar los estatutos por que deban regirse las corporaciones privadas, rechazarlos y aceptar modificaciones”; dicha atribución también se contempla en la actual Constitución, pero en forma implícita, en el artículo 32 N° 8°. Ambos textos constitucionales —el de 1925 y el de 1980— confirieron una potestad administrativa reglada al Jefe del Estado, respecto de la aprobación, el rechazo y la modi-

---

\* Como aconteció con el art. 11 de la Ley N° 14.832.

ficación de los estatutos de las corporaciones privadas. Ello tuvo que ser así por una razón de lógica jurídica, ya que si era reglado el acto de otorgamiento de la personalidad jurídica, cómo no podía serlo también el acto de aprobación de los estatutos, que es un trámite hacia la configuración de la personalidad jurídica; lo indicado es, también, una consecuencia de la aplicación del aforismo que dice "que lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

El Estatuto de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, Decreto del Ministerio de Justicia N° 2.559, de 1964, establece en el artículo 43, N° 5° la atribución del Consejo, para "Dictar los reglamentos necesarios para la aplicación de los Estatutos y el buen funcionamiento de la Caja"; en el artículo 55, del párrafo "De la reforma de los Estatutos", expresa:

"Toda proposición tendiente a reformar los Estatutos deberá tener su origen en el Consejo, ya sea por propia iniciativa de éste o de los imponentes, quienes en número no inferior a trescientos con derecho a voto, elevarán solicitud al Consejo para tal efecto, señalando concretamente las reformas que patrocinen" (primera parte, del inciso 1°); el artículo 33 del párrafo "Organización de la Caja" "De la Junta General de Imponentes", dice: "La Junta General celebrará también sesiones extraordinarias a fin de pronunciarse sobre reformas de Estatutos que le someta el Consejo y sobre las proposiciones que se formulen, de acuerdo con el artículo siguiente"; el inciso final, del artículo 34, expresa: "Para los efectos de este artículo, del artículo 35, del artículo 39, del artículo 41 y del artículo 55, es imponente con derecho a voto aquel que, teniendo una antigüedad mínima de dos años a la fecha de la Junta o elección, acreditare al 31 de diciembre del año anterior, un saldo en su cuenta de ahorros superior a un medio sueldo vital mensual de la escala "A" fijado para aquel año para el Departamento de Santiago, o a la cantidad que legalmente lo sustituya"; el número 16, del artículo 43, dice: "Corresponde al Consejo: 16. Solicitar de la Superintendencia de Seguridad Social la interpretación de los Estatutos en los casos en que las disposiciones se presten a dudas; se requerirá con tal objeto el voto favorable de los dos tercios de los consejeros en ejercicio".

Hay que destacar que la solicitud a la Superintendencia para que interprete los Estatutos de la Caja, constituye una disposición facultativa del Consejo de la Institución, circunstancia que aparece subrayada, por el hecho de requerirse para formular dicha solicitud un quórum sumamente elevado, los dos tercios de los consejeros en ejercicio.

De las disposiciones indicadas resulta evidente que la Caja dispone de una facultad normativa o reglamentaria que le permite elaborar, aprobar y reformar sus estatutos, sin perjuicio de la aprobación que la Constitución de 1925, en el número 11, de su artículo 72, confería explícitamente al Presidente de la República y que, actualmente, se encuentra implícita en la Constitución actual, aprobación que se concreta en un decreto del Ministerio de Justicia, dictado por orden del Presidente de la República. Así, por lo demás, lo ratifica el inciso primero, del artículo 548 del Código Civil, que dice: "Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formadas por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenos costumbres".

#### 4. *Patrimonio de la Caja*

El Estatuto de la Caja, Decreto de Justicia N° 2.559/64, en el artículo 10, expresa: "Constituirán los fondos de la Caja: a) Las imposiciones que se hagan en conformidad a estos estatutos; b) Las utilidades obtenidas por la Institución; y c) Las demás entradas que se arbitren o le sean otorgadas". Enseguida el Estatuto establece las modalidades de inversión de dichos fondos: "Art. 21. Los fondos de la Caja se invertirán: a) En la prestación de los servicios consultados en los presentes estatutos; b) En propiedades destinadas a producir renta; c) En adquisición de sitios u otros bienes raíces, para lotearlos, edificarlos o transferirlos; d) En bonos nacionales garantidos por el Estado; e) En acciones de sociedades anónimas; y f) En los demás que resuelvan el Consejo".

La atribución genérica sobre los bienes en los cuales el Consejo puede resolver, invertir los fondos de la Caja, es la consecuencia directa de dos factores: el primero es la naturaleza privada del patrimonio de la Institución, el que proviene, básica y originariamente, de los aportes de sus imponentes, los cuales pueden afiliarse voluntariamente a aquélla (letra "a" del artículo 20, en relación con el inciso primero, del artículo 7°, ambos del Estatuto); y el segundo de la autonomía que el Estatuto le reconoce a los órganos superiores de la Caja, vale decir, la Junta General de Imponentes, al Consejo y al Administrador.

La naturaleza privada del patrimonio de la Caja emana de las disposiciones estatutarias indicadas, del inciso primero del artículo 549 del Código Civil y del número 24, del artículo 19 de la Constitución Política actual.

La fiscalización sobre la inversión que se haga de este patrimonio corresponde ejercerla, únicamente, a la Junta General de Imponentes, en conformidad con lo que establecen las letras a) y c) del artículo 32 de los Estatutos de la Institución.

En atención a que no existe aporte alguno de capital estatal o de órganos públicos en la Caja de Ahorros de Empleados Públicos ni, tampoco, esta Institución recibe subvenciones de entes públicos, resulta evidente que la Contraloría General de la República no puede pretender ejercer, válidamente, ninguna función de fiscalización o de control sobre el patrimonio de aquella Institución.

## CONCLUSIONES

Del análisis efectuado respecto de las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, en relación con la posible competencia que pudiera tener la Contraloría General de la República sobre la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, surgen, racional y objetivamente, las siguientes conclusiones:

*Primera:* La Caja de Ahorros de Empleados Públicos es una persona jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, del tipo que regula el Título XXXIII del Libro I del Código Civil. Todos los elementos constitutivos de dicha institución privada están integralmente reglados por normas de derecho privado. Su Consejo es elegido, en sus dos terceras partes, por los imponentes de la institución, y el tercio restante desempeña el cargo de consejero por "derecho propio", porque así lo indican los Estatutos, sin que ninguno de los miembros del Consejo sea designado por el Presidente de la República ni por otra autoridad pública.

*Segunda:* El patrimonio de la Caja es absolutamente privado, no existe aporte de capital fiscal o de otro ente público. La Caja no recibe subvención alguna de parte de órganos públicos.

*Tercera:* El personal de la Caja se rige por la legislación laboral común, vale decir, por el Código del Trabajo, por los Estatutos de la Institución y por los respectivos contratos laborales.

*Cuarta:* El artículo 11, de la Ley N° 14.832, quedó tácitamente derogado con la entrada en vigencia de la Constitución Política actual, el 11 de marzo de 1981. Sin perjuicio de la referida derogación, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido se dictó en 1964, no incluyó la atribución que le confirió el artículo 11 de la Ley N° 14.832; no obstante, si ese texto refundido hubiera incluido esa norma, ella estaría igualmente

derogada, por efecto del principio de preeminencia de la Constitución (artículo 6°).

*Quinta:* La norma del inciso segundo, del artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República no le es aplicable a una institución como la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, por ser una persona jurídica privada, sin fines de lucro, en la que no hay aporte de capital de entes públicos ni, tampoco, recibe subvenciones. Por el motivo señalado la Contraloría General de la República no tiene competencia para fiscalizar a la Caja de Ahorros de Empleados Públicos.

*Sexta:* Por la misma causa ya señalada no le es aplicable a la Caja de Ahorros de Empleados Públicos, la norma del artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, que dice: "El Contralor General de la República tendrá derecho a asistir, por sí o por delegado, a las sesiones de los consejos de las instituciones cuya fiscalización le esté encomendada, con derecho a voz y sin percibir mayor remuneración".

*Séptima:* En consecuencia, la Contraloría General de la República carece, absolutamente, de competencia para fiscalizar las actuaciones de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos; aun más, si una ley le otorgara en el futuro, y bajo el texto de la actual Constitución Política, atribuciones fiscalizadoras sobre dicha Caja, esa ley sería inconstitucional.

*Octava:* Por consiguiente se concluye que la Contraloría General de la República carece de competencia para fiscalizar el funcionamiento de las personas jurídicas de derecho privado que no reciben aportes financieros provenientes del Estado, de los órganos públicos o de sociedades o instituciones cuyos capitales pertenecan en todo o en parte a empresas o sociedades públicas o de economía mixta. Esta afirmación general se fundamenta en el análisis efectuado respecto de una persona jurídica específica: la Caja de Ahorros de Empleados Públicos.