

BOLETÍN N° 1

Ámbito de aplicación de la Ley 21.592

**SOBRE ESTATUTO DE PROTECCIÓN
EN FAVOR DEL DENUNCIANTE
(WHISTLEBLOWER) EN EL SECTOR PÚBLICO**



ÍNDICE

AMBITO GENERAL DE APLICACIÓN DE LA LEY 21.592	03
DENUNCIANTES EN LA ADMINISTRACIÓN INVISIBLE	05
CONCLUSIONES	07



I. **Ámbito general de aplicación de la ley 21.592**



En relación al ámbito de aplicación de la ley, ésta señala que se otorgará protección al **personal de la administración del estado** que se define en su art. 1º:

Aquel que preste servicios en alguna de las instituciones referidas en el literal a), sea que desempeñen sus cargos en calidad de funcionarios públicos, en virtud de contrataciones a honorarios, o de contratos de trabajo. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 12, se entenderán comprendidos en este concepto, además, todos quienes realicen prácticas, pasantías o similares y quienes, en virtud de lo dispuesto en la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su reglamento, presten servicios personales o mantengan una relación laboral con proveedores de servicios habituales para la ejecución de éstos de manera intensiva y directa en las dependencias de dichos órganos.

Para entender lo anterior se debe atender al “literal a)” enunciado en la definición, el cual delimita el concepto de administración del estado como:



Los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, de conformidad a lo previsto en el artículo 1 de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y que se encuentren sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de conformidad a las disposiciones legales vigentes.

En atención a esta definición podemos concertar dos criterios copulativos para la aplicación de la ley 21.592:



- (1) Que cumplan la función administrativa, según lo previsto en el art. 1 de la ley N° 18.575, y
- (2) Que estén sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República (CGR).

Dice el art. 1 de la LOCBGAE (Ley N° 18.575) que “la Administración del Estado 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, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

En cuanto al segundo requisito, este no existía en el Mensaje, y en cambio se señalaba: "... con excepción de las empresas públicas y los órganos constitucionalmente autónomos". Lo anterior causaba la exclusión de los siguientes órganos:



1. El Poder Judicial y el Congreso
2. Banco Central, Ministerio Público, SERVEL, Municipalidades y GOREs.
3. Empresas Públicas y;
4. Órganos administrados bajo forma privada, también conocidos como administración invisible.

En cuanto a los primeros tres numerales, esto es, el Poder Judicial y el Congreso, los órganos autónomos constitucionales, y las empresas públicas; durante la discusión del proyecto se desarrolló un extenso debate por su exclusión al momento de la elaboración de la ley. Para apoyar la necesidad de su incorporación se citó la ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, también conocida como Ley de Transparencia, donde se terminó por incorporar a los organismos autónomos, al Congreso Nacional y al Poder Judicial¹. Sin embargo, se decidió mantener excluidos a estos órganos bajo la razón de lo actualmente complejo que es para la CGR ser órgano fiscalizador de estas instituciones, teniendo que realizarse una transformación institucional de la CGR², tema que excedería el propósito de la ley³. Además, todo lo anterior constituía el riesgo de convertir a la Contraloría en un supra poder, pasándose a llevar la autonomía de los órganos del estado, lo cual podría ser complejo ya que muchas veces influye el criterio de las personas que están a cargo de las instituciones en las decisiones que se tomen, lo que puede llevar a extremar el rol que debe cumplirse⁴.

De cualquier forma, a pesar del rechazo a la inclusión de estos órganos, hubo un consenso general sobre la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación de la ley a las empresas públicas, las municipalidades y los gobiernos regionales. En cuanto a las empresas públicas, se enfatizó en que el texto dejaría excluidas a empresas como CODELCO, ENAP, ENAMI, las empresas portuarias; y todas las sociedades del Estado, como Metro S.A por ejemplo⁵, y en cuanto a las municipalidades y gobiernos regionales se recalcó la importancia de su inclusión considerando la dificultad que conlleva en la actualidad su regulación y por ende supervisión, cosa enfatizada por el ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín, quien sostuvo que: "La intención del Ejecutivo no es excluir ni a las municipalidades ni a las corporaciones municipales, reconociendo que son espacios donde se da la corrupción, por lo que se manifestó abierto al debate para incorporarlas⁶".

Así, en atención al financiamiento fiscal de estas instituciones y el impacto positivo que tendría su sujeción a la ley, se decidió tenerlos por incorporados, aprobándose por simple mayoría el encabezado del art. 1 y su letra a), mas, reemplazándose la frase "con excepción de las empresas públicas y los órganos constitucionalmente autónomos" por la actual "y que se encuentren sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de conformidad a las disposiciones legales vigentes"⁷.

¹ Intervención diputado Walker, Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 82.

² Intervención Ministro de Justicia y Derechos Humanos Hernán Larraín, Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 82.

³ Intervención diputado Ilabaca, Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 83.

⁴ Intervención diputado Morales, Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 83.

⁵ Intervención Contralor General de la República, Jorge Bermúdez, Informe boletín final 13565-07 y 13115-06, pág. 38.

⁶ Intervención Ministro de Justicia y Derechos Humanos Hernán Larraín, Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 67.

⁷ Informe boletín final 13565-07 y 13115-06, pág. 84.

II. Denunciantes en la “administración invisible”



Por último, en relación a los órganos administrados que actúan como entidades privadas, o la “administración invisible”, su incorporación a la sujeción de la ley no queda del todo zanjada, mas, a lo largo de la elaboración de la ley, fue un tema comentado por su relevancia no solo para esta ley en cuestión sino también por la discusión doctrinal que surge alrededor de estas instituciones, especialmente, en relación a la extensión del control que tiene la CGR sobre ellas⁸.



En la literatura del Derecho Administrativo se suele hacer referencia a la administración invisible para calificar a un conjunto de instituciones sometidas al derecho común y alejadas del régimen de derecho público exigible a los organismos administrativos. Es lo que suele suceder con las sociedades del Estado, las corporaciones y fundaciones constituidas o en las que participa el Estado⁹.

Siguiendo al profesor Luis Cordero, serían órganos que cumplen una función pública, pero que se organizan bajo una forma privada, y es esto último lo que las ha convertido en un tema recurrente de discusión, ya que a pesar de cumplir con una función pública y recibir financiamiento de órganos de la administración del estado, su sometimiento al régimen común o privado deja preocupantes vacíos relacionados a la normativa que les es aplicable y al poder de fiscalización y supervisión que se tiene sobre ellas “y desgraciadamente hay demasiados ejemplos en que por este tipo de omisión o vacíos legales se “cuela” la corrupción”¹⁰. Prueba de ello es el famoso caso de los Programas Vita de la comuna de Vitacura y el actual escándalo con Democracia Viva.

Esta discusión parece resolverse en el nuevo TÍTULO IV bis, el cual corresponde a una indicación del Ejecutivo consistente en dos artículos, el 12 ter y 12 quater, los cuales fueron aprobados por los diputados y diputadas. Las disposiciones suponen la incorporación “en este estatuto a aquellas entidades que no forman parte de la administración tradicional del Estado, sino que de aquella que se denomina ‘Administración Invisible’, tales como las corporaciones municipales, que tienen un estatus jurídico distinto, y que, si bien en principio no estaban incluidas en el proyecto, se optó por incorporarlas en atención a las responsabilidades que ejercen”¹¹.

⁸ Cordero Luis, *La administración invisible y la gestión de los datos personales*, *El Mercurio Legal*, 29 de marzo de 2019.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Intervención Contralor General de la República*, Jorge Bermúdez, *Informe boletín final 13.565-07 y 13.115-06*, pág. 38.

¹¹ *Intervención Ministro de Justicia y Derechos Humanos Hernán Larraín*, *Informe final boletín 13565-07 y 13115-06*, pág. 106.

De cualquier forma, las indicaciones no estuvieron exentas de críticas, pues a pesar de la incorporación, según el último inciso del art. 12 ter, los trabajadores de estas instituciones quedarían igualmente excluidos de las disposiciones del Título IV, es decir, se excluirían del deber de denuncia, y también de las medidas de protección para los denunciantes, como lo son las medidas preventivas del art. 9 y las sanciones por represalias causadas por la denuncia.

Se justifica esta exclusión en que los trabajadores de la “administración invisible” no se rigen por el estatuto administrativo, sino por el Código del Trabajo (CT), haciendo imposible la convivencia de aquellas disposiciones con lo dispuesto en el CT, y se enfatizó en la idea de que en ese mismo texto se contemplan otras herramientas, como lo es la tutela laboral. Lo anterior fue contradicho por algunos diputados quienes manifestaron la necesidad de que el Título IV también fuese aplicable a estos trabajadores, pues a pesar de su sujeción a un marco jurídico distinto, también cumplían una función pública lo que hacía mandatorio una adecuación para hacer ambos estatutos compatibles, además sostuvieron la poca efectividad que podía tener una tutela laboral y su extensa duración (en algunos casos un año), elemento que podría desincentivar a un futuro denunciante¹².

Todo lo anterior fue contestado en base a las características sui generis de estas instituciones, que son de derecho privado, pero ejercen una función pública, teniendo grandes diferencias con los órganos de la administración afectos a la norma. El asesor del Ministerio de Justicia, Felipe Rayo, sintetizó que las medidas del artículo 8 responden a particularidades propias del Estatuto Administrativo que no son replicables respecto de un trabajador sujeto a contrato de trabajo, que cuenta con mecanismos idóneos que en este proyecto se proponen reforzar, principalmente la tutela laboral¹³.

¹² Intervención Diputada Catalina Pérez, Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 107.

¹³ Informe final boletín 13565-07 y 13115-06, pág. 108.

III. Conclusiones



En **conclusión**, la Ley 20.592 otorga protección al personal de los órganos de la administración del estado definidos en su art. 1, definición la cual se debe complementar con la Ley 18.575 de Bases de la Administración del Estado. En razón de lo anterior, se formó un extenso debate en cuanto a qué órganos eran los efectivamente abarcados por la norma, el cual consta en los archivos de la Biblioteca Nacional del Congreso, en específico en el Boletín N° 13565-07 y 13115-06, y donde se debatió la aplicación de la norma para; el Poder Judicial y el Congreso, el Banco Central, el Ministerio Público, SERVEL, las municipalidades y GORES, las empresas públicas, los órganos administrados bajo forma privada, también conocidos como administración invisible.

Así, se llegó a la conclusión de que las normas de la ley se aplican a las municipalidades, GORES y las empresas públicas y no se aplican al Poder Judicial y el Congreso, el Banco Central, el MP y SERVEL, basándose esta exclusión en las facultades que necesitaría la CGR para cumplir con la norma y fiscalizar sobre estos órganos, facultades las cuales no posee y que para existir requerirían de una reforma intensiva.

Finalmente, en cuanto a los llamados trabajadores de la “Administración Invisible”, también generaron un debate por su carácter sui generis que dificulta la fiscalización, y que ha generado numerosos casos de corrupción en nuestro país. La discusión concluyó en que no pueden utilizar el Título IV por las diferencias entre el régimen de los funcionarios públicos y los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, pero se recalzó que estos últimos no están exentos de un marco de protección, pues pueden recurrir al mecanismo de Tutela Laboral, contemplada en el CT.