**Análisis de las deficiencias y propuestas de mejoras para las entidades de derecho privado que ejercen funciones administrativas dentro del régimen de transparencia**

**DJ/UNR/05.06.2023**

1. **Antecedentes.**
2. El artículo 2 de la Ley de Transparencia dispone quienes son los sujetos obligados al cumplimiento de esta. Así, establece que las disposiciones de dicha ley serán aplicables a los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública **y a los órganos y servicios públicos creados pare el cumplimiento de la función administrativa**.
3. Esto último resulta de suma importancia, en tanto permite la aplicación de la Ley de Transparencia a un mayor espectro de organismos, en tanto estos ejerzan o desarrollen una función pública. La creación de entidades con formas organizativas privadas, para desarrollar típicas funciones administrativas, es una tendencia del Derecho Administrativo, siendo las corporaciones municipales una manifestación de ello. Éstas tienen un evidente carácter instrumental para contar con niveles de eficacia y flexibilidad que no resulta posible alcanzar dentro del marco de la Administración tradicional.
4. Respecto a su naturaleza jurídica, las corporaciones municipales son personas jurídicas de derecho privado, constituidas conforme al artículo 12 del DFL 1-3063 de 1981, que autoriza a las municipalidades a crearlas según lo dispuesto en el Título XXXIII, del Libro I del Código Civil, para que tomen a su cargo servicios en las áreas de educación, salud o atención de menores.
5. Posteriormente, con la entrada en vigor de la ley 18.695 (LOC de Municipalidades), se limitaría la posibilidad de las municipalidades de constituir o participar en estas corporaciones o fundaciones de derecho privado**, únicamente a aquellas destinadas a la promoción y difusión del arte, cultura y deporte o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo**.
6. Por otro lado, existen otras figuras jurídicas de derecho privado que también reciben aportes por parte de las municipalidades. Estas **son las organizaciones comunitarias funcionales**, las que de acuerdo al artículo 2º de la Ley Nº 19.418 son aquellas con personalidad jurídica y sin fines de lucro, que tenga por objeto representar y promover valores e intereses específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva.
7. En efecto, **la extensión de la aplicación de la Ley de Transparencia a entidades con forma organizativa privada, abordada por el Consejo para la Transparencia a través de criterios jurisprudenciales, y por la Contraloría General de la República a través de sus dictámenes, es crucial en tanto el fenómeno de la huida o fuga del derecho administrativo ha supuesto la constitución de instituciones jurídicas propias del derecho privado (civil y comercial) que realizan funciones de interés público**.
8. **Debilidades del régimen de transparencia respecto de este tipo de entidades.**
9. **Huida del derecho administrativo: la singularidad del régimen jurídico que se aplica a los entes privados no debe ser un obstáculo para sujetarlos a algunos principios básicos propios del Derecho Público**, los que deberán ser respetados dado el carácter instrumental del accionar de aquéllos con respecto a los órganos de la Administración del Estado.
10. **Carácter instrumental de la creación de entidades privadas por la Administración Pública. Requisitos: En materia de organización, la huida del Derecho Administrativo lleva a la creación de entidades con formas organizativas privadas para desarrollar típicas funciones administrativas: sociedades en cualquiera de sus tipos y corporaciones o fundaciones de Derecho Privado.**

La creación de estas entidades tiene un evidente carácter instrumental, pues se constituyen cuando los fines específicos que se pretenden conseguir o la necesaria participación de los ciudadanos en la gestión de una función pública hacen necesario o conveniente contar con niveles de eficacia y flexibilidad que no resulta posible alcanzar dentro del marco de la Administración tradicional. Por ello es un requisito básico que la creación y existencia de tales entidades responda a necesidades efectivas derivadas de las exigencias propias de las funciones encomendadas a los organismos que concurren a su creación y que sean elementos coadyuvantes de la consecución del bien común (finalidad encomendada al Estado en el artículo 1° de la Constitución Política).

**En consecuencia, optar por la creación de estas entidades no puede responder al mero interés por eludir la aplicación íntegra del Derecho Público, sino al mejor servicio de los ciudadanos; ni tampoco puede implicar que los entes así creados queden por completa fuera del ámbito del Derecho Público, como si su creación respondiera al libre despliegue de la iniciativa de los particulares.**

1. **Las Corporaciones Municipales son sujetos obligados por la Ley de Transparencia:** En línea con los dictámenes de Contraloría (en especial **Dictamen N°E160316/2021, de fecha 29 de noviembre de 2021**, el cual estableció la obligatoriedad de la observancia de la Ley de Transparencia y de otras normas en materia de integridad pública, por parte de las Corporaciones Municipales), que establecieron que si se les aplica a estas entidades la Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, el Consejo concluyó (en la decisión del amparo **Rol C1519-22, de mayo de 2022),** que las disposiciones de la LT son de aplicación obligatoria para las Corporaciones Municipales, **en tanto las funciones que desempeñen o aquellas mediante las cuales satisfacen determinadas necesidades de la ciudadanía, sean de naturaleza administrativa (función pública administrativa) y que, para cumplir con dicho propósito, perciban financiamiento de origen fiscal, aportes o subvenciones estatales.**
2. Sobre el particular, cabe hacer presente que en la parte considerativa de la antes mencionada decisión, este Consejo señaló, en lo pertinente, que: “*existen una serie de entidades que formadas bajo el Derecho Privado han sido creadas por el Estado -por intermedio de sus autoridades-, pero que en la actualidad no están sujetas a ningún tipo de rendición de cuentas o control social a favor de la ciudadanía, ya sea por no haber sido creadas bajo el alero del artículo 12 del decreto con fuerza de ley N°1-3.063, de 1980, del entonces Ministerio del Interior ni en el marco del artículo 129 de la ley Nº18.695 conforme al criterio dispuesto por la Contraría General de la República en el referido dictamen, como por tratarse de entidades en las que no existió una concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación o no tienen una integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos, como es el caso de muchas corporaciones culturales o deportivas* (…)”.
3. Estos criterios se han aplicado por el CPLT en el último tiempo, determinándose la aplicación de la Ley de Transparencia (ya sea en virtud de sus decisiones de amparo como a través de pronunciamientos jurídicos), por ejemplo, respecto de las siguientes entidades:
	1. Corporación Cultural de Las Condes (decisión amparo Rol C1519-22).
	2. Fundación Club Providencia (Oficio N° E2272, de febrero de 2023).
	3. La Corporación Municipal de Cultura, la Corporación Municipal de Deportes y la Corporación Municipal de Desarrollo Comunal y Productivo, todas de la Municipalidad de Talca (Oficio N° E16391, de agosto de 2022).
	4. La Corporación de Deportes y Recreación de la Municipalidad de Aysén (Oficio Nº E15027, de agosto de 2022).
4. Sin embargo, una de las deficiencias más importantes para poder alcanzar mejores estándares de transparencia en estas entidades, **pasa por dimensionar claramente el universo de corporaciones municipales a nivel nacional**. Atendido el alto numero de corporaciones de carácter municipal destinadas a la promoción y difusión del arte, cultura y deporte o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo, resulta complejo poder establecer un numero determinado de estas. Es por esto, que el Consejo para la Transparencia ha ido estableciendo un catastro de estas entidades a partir de la información remitida por las mismas municipalidades a nivel nacional, a requerimiento de este órgano.
5. Se hace presente que existen otras figuras jurídicas de carácter privado que sí reciben aportes de parte de las municipalidades, como son **las organizaciones comunitarias funcionales**, respecto de las cuales debiera avanzarse también en materia de transparencia y probidad.
6. **Posición del CPLT respecto de los proyectos de ley sobre probidad municipal**
7. Durante la tramitación legislativa de la actual **Ley Nº 21.534** sobre publicidad de las sesiones de los consejos regionales y concejos municipales, publicada el 31 de enero de 2023 (en vigencia a contar del 31 de marzo), el Consejo para la Transparencia realizó una serie de propuestas de perfeccionamiento normativo, dentro de las cuales se pueden destacar:
	1. Establecer la obligación, tanto para los consejos regionales como para los concejos municipales de todo el país,
	2. Sujetar los deberes de publicidad de sus sesiones incorporados en el texto del proyecto de ley, a las normas de transparencia activa contenidas en el artículo 7º de la Ley de Transparencia.
	3. Asimismo, establecer expresamente que la publicación de las actas de las respectivas sesiones constituye una obligación de transparencia activa, garantizando con ello la disponibilización permanente de dichos registros.

Se hace presente que la propuesta contenida en el literal a), quedó incorporada en el texto de la ley.

1. Con posterioridad, este Consejo también concurrió ante la **Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputadas y Diputados** para exponer su parecer respecto de los proyectos de ley que modifican distintos cuerpos legales en materia de transparencia, fiscalización y probidad de las corporaciones municipales y organizaciones funcionales y el que modifica cuerpos legales que indica en materia de transparencia y probidad municipal (**Boletín Nº 15.523-06, refundido con Nº 14.594-06**).
2. Respecto de estos proyectos de ley refundidos, actualmente en su primer trámite constitucional, el Consejo valoró una serie de disposiciones que van en la línea de elevar los estándares de probidad, publicidad y transparencia a estas entidades, tales como:
3. Se incluyen a las **organizaciones comunitarias** como sujeto obligado a rendir cuenta sobre destino, uso y gestión de aportes y subvenciones ante la Unidad de Control Interno municipal;
4. Se establece la fiscalización por la Contraloría a los aportes y rendiciones de cuenta;
5. Se fortalece **el rol fiscalizador del concejo municipal**;
6. Se genera una obligación general de rendición de cuentas para todas las personas jurídicas privadas sin fines de lucro que reciban fondos públicos.
7. Se crea el plan municipal de prevención de delitos de corrupción
8. Se extienden las inhabilidades a corporaciones y fundaciones municipales;
9. **Se incorpora el principio de probidad administrativa a las corporaciones municipales;**
10. Se establecen medidas de transparencia de las sesiones del concejo municipal, como la reducción de las hipótesis en que se puede establecer el secreto de las sesiones;
11. Se restringe la contratación de personas en el periodo electoral;
12. Se establecen mecanismos de participación ciudadana.
13. **Propuestas de mejora del régimen de transparencia de este tipo de entidades.**
14. En el marco del análisis hecho al proyecto de ley sobre probidad municipal (**Boletín Nº 15.523-06, refundido con Nº 14.594-06**), si bien el Consejo valoró los importantes avances en materia de probidad y publicidad de estas entidades dentro del proyecto de ley, **realizó una serie de propuestas de perfeccionamientos normativos, las cuales se detallan a continuación**:
15. Se sugiere establecer un procedimiento transparente que regule, de forma previa, **la entrega de aportes y subvenciones a las organizaciones comunitarias** **funcionales**, poniendo la carga también en la municipalidad que decide entregar los fondos.
16. No se advierten avances sustantivos en materia de transparencia respecto de los nuevos aspectos que se regulan. En este sentido, **se sugiere establecer la obligación de publicar los informes de rendición de cuenta que sean extendidos por las organizaciones comunitarias funcionales**, así como de los informes que sean extendidos para responder a una solicitud del concejo municipal.
17. Se propone establecer sanciones particulares para el incumplimiento de las nuevas obligaciones, por ejemplo, para las organizaciones comunitarias.
18. Se sugiere reforzar las nuevas obligaciones estableciendo plazos claros en los cuales se debería efectuar la rendición de cuentas
19. **Se sugiere incorporar como obligación de TA, la publicación del plan municipal de prevención de la corrupción.**
20. Establecer la publicidad, transmisión en línea y registro por determinado plazo de las audiencias públicas que sean celebradas, en virtud de la ordenanza municipal de participación.
21. Tratándose de sesiones declaradas secretas por razones de afectación de los derechos de las personas, seguridad de la Nación, interés nacional o incidencia en juicios pendientes, se sugiere fundar la causal de reserva que proceda, y dejar constancia de ello en el acta correspondiente.
22. Establecer que a las corporaciones y fundaciones municipales, así como las organizaciones comunitarias que reciben aportes municipales les es aplicable el principio de publicidad de la función pública, consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la CPR, y las normas de la Ley de Transparencia.
23. **Situación de cumplimiento de transparencia pasiva y activa de la Municipalidad de Vitacura y entidades asociadas.**
24. **Cumplimiento de exigencias en Transparencia Activa (resultados de fiscalización TA):**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Año Proceso** | **Puntaje Vitacura** | **Promedio 345 Municipios** |
| 2012 | 72,93% | 30,26% |
| 2013 | 88,35% | 47,43% |
| 2014 | 97,62% | 56,09% |
| 2015 | 95,13% | 64,74% |
| 2016 | 89,44% | 76,98% |
| 2017 | 89,54% | 74,21% |
| 2018 | 91,56% | 70,50% |
| 2020 | 90,66% | 76,41% |
| 2021 | 93,18% | 71,93% |
| 2022 | 96,22% | 79,30% |

Desde una vista a los últimos procesos, no se advirtieron infracciones o incumplimientos en relación a la información sobre transferencias de fondos públicos.

El acceso a los informes está disponible desde aquí:

[ Antecedentes Vitacura](https://consejoparatransparencia.sharepoint.com/%3Af%3A/s/FiscalizacindeCumplimiento771/EriOoeF1f7hIjipgOT4Ha0UBtERgZw4P5sz1_Pr36jH19w?e=4QpPYy)

1. **Cumplimiento de exigencias procedimiento administrativo de Acceso a la Información (resultados de fiscalización DAI):**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Año  Proceso** | **Puntaje Vitacura** | **Promedio 345 Municipios** | **Modalidad** |
| 2014 | 100,00% | 54,37% | Online |
| 2016 | 96,44% | 88,45% | Online |
| 2016 | 47,75% | 82,24% | Presencial |
| 2017 | 94,41% | 80,51% | Online |
| 2017 | 100,00% | 89,42% | Presencial |
| 2018 | 100,00% | 76,19% | Online |
| 2020 | 100,00% | 80,96% | Online |
| 2021 | 100,00% | 82,17% | Online |

En general, se observa tanto en DAI como en TA que la municipalidad ha presentado resultados superiores a la media municipal general (salvo en el caso de DAI 2016 presencial). Debe hacerse presente, sin embargo, el alcance de tales procesos: las fiscalizaciones -en materia de transparencia activa- verifican que la información esté disponible y actualizada, y que sea publicada conforme a los estándares de publicidad que establecen la IG Nº11 y los oficios requerimientos del CPLT.

1. De manera complementaria, en diciembre de 2022 se efectuó una revisión del sitio TA de Vitacura, que incluyó las transferencias de fondos públicos, con foco en los programas Vita. Se advirtió la siguiente información disponible:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Entidad** | **2018** | **2019** | **2020** | **2021** | **Total General** |
| Vitadeportes | - | - | $383.000.000 | $236.000.000 | $619.000.000 |
| Vitaemprende | $244.000.000 | $265.000.000 | $310.900.000 | $350.000.000 | $1.169.900.000 |
| Vitajoven | $160.000.000 | $200.540.000 | - | - | $360.540.000 |
| Vitapass | $203.000.000 | $229.950.000 | $331.000.000 | $308.000.000 | $1.071.950.000 |
| Vitasalud | $796.220.000 | $1.254.980.000 | $1.773.693.733 | $1.700.000.000 | $5.524.893.733 |
| **Total General** | **$1.403.220.000** | **$1.950.470.000** | **$2.798.593.733** | **$2.594.000.000** | **$8.746.283.733** |

La minuta y el detalle de las transferencias efectuadas se adjuntan como **anexo 1 y 2**, respectivamente.

1. **Convenios vigentes entre la Municipalidad de Vitacura y el CplT.**

A la fecha se han suscrito cuatro convenios, de los cuales dos se encuentran vigentes, a saber (Se adjunta cuadro con el detalle, como **anexo 3**):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Municipalidad de Vitacura** | 27-12-2019 | Vigencia Indefinida | Res.Ex.N°.648 | Convenio marco de cooperación, para la implementación del MGTM y el Portal de Transparencia del Estado de Chile. | [Enlace](https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/documents/10179/62801/648.PDF/044a31d6-285a-489f-aa5a-af882c98d36e) |
| **Municipalidad de Vitacura** | 05-02-2016 | Vigencia Indefinida | Res.Ex.N°.101 | Convenio de colaboración a fin de implementar el SARC y mecanismo de notificación electrónica. | [Enlace](http://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/documents/10179/62801/101.PDF/4cb646ff-3042-45b1-be1f-dc85ab61e6a9?version=1.0) |