



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen	009722N12			
Estado	Reactivado	Nuevo	NO	Carácter NNN
NumDict	9722	Fecha emisión	16-02-2012	
Orígenes	DJU			

Referencias

[185948/2011](#), [220017/2011](#)

Decretos y/o Resoluciones

-

Abogados

[ASR](#)

Destinatarios

[Ministro de Energía](#)

Texto

Sobre improcedencia del deber de abstención respecto del Ministro de Energía atendida su calidad de Presidente del directorio de Empresa Nacional del Pétroleo

Acción

Aplica dictámenes 11909/2009, 6496/2011, 34935/2011, 73040/2009, 45798/2011
17216/2010, 44430/2010, 22388/2010, 46002/2001, 16261/2011

Fuentes Legales

ley 18575 art/62 inc/2 num/6, Pol art/8, ley18575 art/ 52
ley 18575 art/53, ley 18575 art/62, Pol art/33, ley 18575 art/22
ley 19657 art/8, ley 9618 art/ 2, ley 18575 art/1 inc/2
ley 20402 art/15 inc/1, pol art/6, pol art/7

Descriptorios

[ENAP](#), [Ministerio de Energía](#), [licitación](#), [probidad](#), [interés privado](#), [conflicto de intereses](#)

Texto completo

N° 9.722 Fecha: 16-II-2012

El Ministro de Energía ha solicitado un pronunciamiento acerca de la aplicabilidad a su respecto del deber de abstención establecido en el artículo 62, N° 6, de la ley N° 18.575, atendido que en su calidad de titular de esa Cartera de Estado, le incumbe decidir acerca del otorgamiento de concesiones de geotermia y, además, presidir el Directorio de la Empresa Nacional del

Petróleo (ENAP), entidad que se encuentra autorizada por la ley para participar en actividades relacionadas con la energía geotérmica.

Por su parte, los diputados señora Cristina Girardi Lavín y señor Enrique Accorsi Opazo expresan que el aludido Ministerio convocó a una licitación pública para constituir las concesiones de exploración de energía geotérmica en las áreas que indican, en la cual habría participado ENAP, a través de la empresa Energía Andina S.A., lo que habría restado imparcialidad al procedimiento, atendidas las referidas funciones que ejerce dicho Secretario de Estado, vulnerando el principio de probidad. Asimismo, denuncian que las bases del señalado certamen habrían favorecido a empresas vinculadas con ENAP en desmedro de otras.

En sus informes, tanto el Ministerio de Energía como la Empresa Nacional del Petróleo, manifiestan que el procedimiento licitatorio aludido por los diputados ocurrentes y la participación de ENAP en ese certamen se ajustó a la normativa legal pertinente. En tanto, respecto de la aplicación de las normas sobre probidad, están a la espera de lo que se resuelva en este pronunciamiento.

Sobre el particular, el inciso primero del artículo 8° de la Constitución Política de la República dispone que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, principio que en el orden Administrativo se expresa en las disposiciones del Título III de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, especialmente en sus artículos 52, 53 y 62, que exigen de sus autoridades y funcionarios una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de su cargo, haciendo primar en todas sus actuaciones el interés general por sobre los intereses particulares, guardando estricta imparcialidad en sus decisiones.

Con el objeto de asegurar el acatamiento del principio de probidad administrativa, y en lo que interesa, el inciso segundo del N° 6 del artículo 62 de la ley N° 18.575, por cuya aplicación se consulta, dispone que lo contraviene especialmente “participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad”, añadiendo su inciso tercero que “Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta”, exigencia a la cual se refiere la consulta de la especie.

En este contexto, la jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida en los dictámenes N°s. 11.909, de 2009; 6.496 y 34.935, ambos de 2011, entre otros, ha señalado que el principio de probidad administrativa tiene por objeto impedir que las personas que desempeñan cargos o cumplen funciones públicas puedan ser afectadas por un conflicto de interés en su ejercicio, aun cuando aquel conflicto sea sólo potencial, para lo cual deberán cumplir con el deber de abstención que impone la ley.

En este punto y en lo que concierne a los sujetos destinatarios de tal obligación, cabe señalar que la actividad administrativa que ha sido encomendada a los

Ministros de Estado constituye una función pública, la cual debe ser ejercida con estricto apego al principio de probidad, tal como ha sido precisado en los dictámenes N°s. 73.040, de 2009 y 45.798, de 2011, entre otros, de esta Entidad de Control.

Precisado lo anterior, corresponde analizar el ámbito de funciones de la autoridad de que se trata a fin de determinar si su participación en la empresa en cuestión puede dar lugar al deber de abstención por el que se consulta, atendida la naturaleza de unas y otras atribuciones.

En este contexto, conviene tener presente que -en armonía con los artículos 33 de la Constitución Política de la República y 22 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado- el artículo 1° de la ley N° 20.402, que creó el Ministerio de Energía, dispone que dicha repartición será “el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración del sector de energía”.

Por su parte, el artículo 8° de la ley N° 19.657, Sobre Concesiones de Energía Geotérmica, previene que corresponderá al referido Ministerio “la aplicación, control y cumplimiento de esta ley y sus reglamentos”, regulando en sus artículos 10 y siguientes el régimen de las concesiones para la exploración o explotación de energía geotérmica, las cuales, de acuerdo con esta normativa, podrán ser otorgadas por dicha Cartera de Estado a solicitud de los interesados o mediante su adjudicación en licitación pública, según corresponda de acuerdo con ese ordenamiento.

A continuación, corresponde señalar que la Empresa Nacional del Petróleo, empresa pública que de conformidad con lo prevenido en el artículo 1°, inciso segundo, de la citada ley N° 18.575, integra la Administración del Estado, fue creada por la ley N° 9.618, siendo del caso destacar, en lo que interesa, que el artículo 2° de esta ley, la autoriza para realizar las actividades económicas que indica, entre la cuales se encuentra “participar, a través de sociedades en que tenga una participación inferior al 50% del capital social, en actividades relacionadas con la energía geotérmica, pudiendo, para estos efectos, formular solicitudes de concesión, participar en licitaciones” y otras tareas que allí se señalan, tal como lo han reconocido los dictámenes N°s. 17.216 y 44.430, ambos de 2010 y de este origen.

A su vez, el artículo 3° del último cuerpo legal citado establece que esa empresa estatal será administrada por un Directorio que estará presidido por el Ministro de Minería, atribución que, como fue precisado en el dictamen N° 22.388, de 2010, de este origen, debe entenderse conferida al Ministro de Energía, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 15 de la citada ley N° 20.402.

Establecido el marco normativo que regula las facultades a que se refiere la consulta en examen, es posible advertir que el ordenamiento jurídico encomienda al Ministro de Energía, en su calidad de titular de esa Cartera de Estado, el ejercicio simultáneo de las dos funciones públicas referidas en su

consulta, correspondiéndole actuar respecto de la energía geotérmica de conformidad con las competencias que le otorga la aludida ley N° 19.657, al tiempo que le impone la carga legal de asumir la presidencia del Directorio de ENAP.

Considerado lo expuesto, se evidencia que al ejercer las competencias que las leyes le atribuyen, el Ministro de Energía da aplicación al principio de juridicidad contenido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y 2° de la aludida ley N° 18.575, de manera que no puede dejar de desempeñar sus competencias sin vulnerar los deberes que le impone su cargo, no resultando procedente que ese Secretario de Estado, se abstenga de ejercer alguna de las funciones que le corresponden en razón de su investidura y por mandato legal, como ocurre en la especie, toda vez que atendida la naturaleza pública de ambas esferas de atribuciones, no se aprecia cómo podría configurarse el conflicto de interés que las normas legales sobre probidad invocadas tratan de precaver.

En efecto, la reiterada jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 46.002, de 2001; 11.909, de 2009, y 16.261 de 2011, ha expresado que el principio de probidad administrativa impone a los funcionarios públicos el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea sólo potencial, tal como se deduce de lo previsto en el ya citado artículo 62, N° 6, de la ley N° 18.575 -entre otras disposiciones relativas a la materia-, que obliga a abstenerse de intervenir o participar en las decisiones en que exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, a quienes se encuentren en las hipótesis a que se refiere.

A mayor abundamiento, la normativa sobre el principio a que se ha hecho alusión tiene por objeto evitar que los intereses particulares de los funcionarios públicos influyan en las decisiones que en razón del cargo que sirven deben adoptar, lo que se traduce en que deben garantizar la estricta imparcialidad de sus decisiones, promoviendo el bien común atendiendo las necesidades colectivas de manera regular y continua. Precisamente en el caso en análisis es el propio ordenamiento jurídico -las leyes N°s. 9.618 y 19.657- el que impone al Ministro de Energía el ejercicio paralelo de dos funciones públicas, cuyo desempeño no puede dejar de cumplir.

En razón de lo expuesto, es necesario concluir que la situación por la que se consulta en la especie no configura un conflicto de intereses entre el ámbito de la actividad privada y el ejercicio de las competencias públicas del Ministro de Energía, en los términos de la normativa que regula el principio de probidad y la jurisprudencia antes citada.

Finalmente, corresponde indicar que esta Entidad de Control procedió a tomar razón de los decretos N°s. 100 a 103 y 105 a 119, todos de 2011, del Ministerio de Energía, mediante los cuales se adjudicaron y otorgaron concesiones de energía geotérmica en los sectores y a las personas jurídicas a que se refiere cada uno de esos instrumentos, en el marco del certamen a que alude la

consulta de los diputados señora Girardi Lavín y señor Accorsi Opazo, toda vez que, examinada su legalidad, se estimaron ajustados a derecho, siendo dable anotar que tales actos administrativos fueron firmados por el Ministro de Energía subrogante.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República
