



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

:: Doctrina: Estudios e Investigaciones

:: Ensayos

:: Jurisprudencia: Comentarios

:: Bibliografía: Recensiones

Revista de Derecho Administrativo Económico

ReDAE

Pontificia Universidad Católica de Chile

Director

Alejandro Vergara Blanco

Redacción

Sabrina Feher Szanto
Secretaria de Redacción

María Loreto Monsalve Morales
Ayudante de Redacción

Comité Editorial

Francisco Agüero Vargas (*Universidad de Chile*), Pierre Bon (*Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Francia*), Juan Carlos Cassagne (*Universidad Católica Argentina y Universidad de Buenos Aires, Argentina*), Luis Cordero Vega (*Universidad de Chile*), Jorge Danós Ordóñez (*Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú*), Antonio Embid Irujo (*Universidad de Zaragoza, España*), Antonio Fanlo Loras (*Universidad La Rioja, España*), Tomás-Ramón Fernández (*Universidad Complutense de Madrid, España*), Yves Gaudemet (*Université Panthéon-Assas Paris II, Francia*), Santiago González-Varas (*Universidad de Alicante, España*), Fernando López Ramón (*Universidad de Zaragoza, España*), Nicola Lugaresi (*Universidad de Trento, Italia*), Luis Ferney Moreno Castillo (*Universidad Externado de Colombia, Colombia*), Johann-Christian Pielow (*Universidad de Bochum, Alemania*), Jorge Precht Pizarro (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Enrique Rajevic Mosler (*Universidad Alberto Hurtado*), Daniela Rivera Bravo (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Eduardo Soto Kloss (*Pontificia Universidad Católica de Chile*) y Mauricio Viñuela Hojas (*Universidad de los Andes*).

La Revista de Derecho Administrativo Económico, fundada en 1999, es una publicación semestral del Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su objetivo es publicar investigaciones científico-jurídicas en las áreas de Derecho Administrativo General, Administrativo Económico, Bienes de Uso Público, Energía, Recursos Naturales, Aguas, Minas, Urbanismo - Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; buscando convertirse en sede de difusión de doctrina especializada en estas materias.

Convocatoria

La convocatoria para publicar en la Revista de Derecho Administrativo Económico está abierta, de manera permanente, a todos los autores nacionales y extranjeros. Las colaboraciones pueden ser estudios de doctrina (artículos doctrinarios); comentarios de jurisprudencia; sistematizaciones normativas y ensayos; y bibliografía. Para ser admitida, toda colaboración debe cumplir con las Normas Editoriales de esta Revista (disponibles en la edición electrónica de la Revista). Envío de colaboraciones a redae@uc.cl

Selección de trabajos: arbitraje anónimo

Toda colaboración para la sección Doctrina (artículos doctrinarios), será objeto, al menos, de dos arbitrajes u opiniones de árbitros designados al efecto. Las pautas de evaluación y criterios aplicados por cada árbitro dicen relación con el contenido, calidad, pertinencia, carácter científico, interés del tema; tratamiento, desarrollo y metodología científica empleada en la elaboración; y, en fin, con el uso actualizado de fuentes y bibliografía. El sistema de arbitraje por pares es anónimo.

ISSN 0717-4888 (versión papel)
ISSN 0719-5591 (versión electrónica)

Indexada en Scopus

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. 4° piso, Facultad de Derecho, oficina 426.
Teléfonos: +56 (2) 223 542 430, +56 (2) 223 549 113
Correo electrónico de la Redacción: redae@uc.cl

Conoce nuestras publicaciones en: <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/revista-de-derechoadministrativo-economico>

Ventas y suscripciones: redae@uc.cl

La Revista se encuentra disponible en su versión electrónica: redae.uc.cl

[Santiago de Chile, 2021]

Índice

Nº 33

I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho Administrativo

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y FLORES RIVAS, Juan Carlos
La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo 5

CORDERO QUINZACARA, Eduardo
El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. Análisis de sus principales problemas a nivel jurisprudencial..... 33

HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso
Del paradigma del control al paradigma del riesgo en la prestación de servicios sanitarios en España y Chile..... 71

HUEPE ARTIGAS, Fabián
Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales..... 101

LOO GUTIÉRREZ, Martín
La responsabilidad patrimonial de los concesionarios de obras públicas por los daños sufridos por terceros durante la fase de explotación de la concesión 143

PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique y BARRETO MORENO, Antonio Alejandro
Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo para el mercado de compra pública colombiano..... 171

Derecho ambiental

GARCÍA MACHMAR, William y SOTO MONTEVERDE, Francisca
Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia 195

II. Ensayos

OLIVARES GALLARDO, Alberto
Incentivos regulatorios para el desarrollo de la energía eólica marina en Chile 227

III. Jurisprudencia: Comentarios

HELFMANN MARTINI, Carolina

Indemnización por actos ilegales o arbitrarios generados en la adjudicación de una licitación pública: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue (2019)..... 255

PAILLÁN AGUILAR, Juan Ignacio

Disidencias y prevenciones destacadas de la Corte Suprema en torno a las desvinculaciones del personal a contrata, periodo 2016-2020: una mirada hacia el devenir de la jurisprudencia..... 269

SALMONA MAUREIRA, Francisco José

Consulta indígena de concesiones mineras. Comentario de jurisprudencia..... 285

VERGARA BLANCO, Alejandro

El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, III: Líneas y vacilaciones durante 2020..... 299

IV. Bibliografía: Recensiones

ARANCIBIA MATTAR, Jaime

Discrecionalidad administrativa y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control. (Santiago, Editorial: Tirant lo Blanch, 2021, p. 448), de Rosa Fernanda Gómez..... 345

La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo

Evidence as an essential element of administrative due procedure

Maite Aguirrezabal Grünstein*
Juan Carlos Flores Rivas**

El presente trabajo aborda aspectos vinculados al contenido del derecho a la prueba como un elemento esencial del debido procedimiento racional y justo en sede administrativa con la finalidad de establecer algunos parámetros para su proposición, admisión y valoración. Se busca determinar, si la ausencia de prueba en el procedimiento administrativo, atenta contra la garantía del debido proceso, particularmente en los procedimientos contenciosos especiales, cuya regulación

This work addresses aspects related to the content of the right to due procedure and evidence in administrative headquarters in order to establish some parameters for its proposal, admission and evaluation. It seeks to determine whether the absence of evidence in the administrative procedure, particularly in special contentious procedures, threatens the guarantee of due process, since the courts limit themselves to confirming the administrative decision without

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de los Andes y Diplomada en suficiencia investigadora por la Universidad de Nava. Correo electrónico: maguirrezabal@uandes.cl. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. El presente trabajo se hace en el marco del proyecto Fondecyt número 1200188, titulado "Revisión crítica de los recursos de reclamación previstos en las leyes orgánicas de las superintendencias vinculadas a mercados regulados. Una propuesta de sistematización a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva", del que la autora es Investigadora Responsable.

** Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes y Magíster en Derecho Público por la misma Universidad. Correo electrónico: jcflores@uandes.cl. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. El presente trabajo se hace en el marco del proyecto Fondecyt número 1200188, titulado "Revisión crítica de los recursos de reclamación previstos en las leyes orgánicas de las superintendencias vinculadas a mercados regulados. Una propuesta de sistematización a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva", del que el autor es Coinvestigador.

Artículo recibido el 14 de abril de 2021 y aceptado el 15 de junio de 2021.

no prevé el derecho a prueba limitando a los tribunales a confirmar la decisión administrativa sin revisar los supuestos fácticos que le han servido de sustento.

reviewing the factual assumptions that have served as support.

Keywords: Administrative dispute, evidence, due process of law.

Palabras claves: Contencioso administrativo, prueba, debido proceso.

Introducción

La prueba, el procedimiento para rendirla y su valoración es uno de los puntos más sensibles dentro del proceso en general y del procedimiento administrativo en particular, puesto que el derecho a la prueba constituye un elemento esencial del debido, racional y justo procedimiento, independientemente de la naturaleza especial o general de dicho procedimiento, debido a que mediante una adecuada acreditación de los supuestos fácticos en los que se funda el ejercicio de un potestad pública, v.gr., fiscalizadoras o sancionatorias, tanto la Administración como el interesado obtienen la ventaja de un acto administrativo fundamentado racionalmente y que busca la satisfacción del interés público sobre la base de hechos debidamente probados.

El presente trabajo se centra en demostrar que la Administración debe garantizar el derecho a la prueba y abrir un término probatorio no solamente en los supuestos de procedimientos sancionadores, sino que en todos aquellos procedimientos donde los hechos no le consten y sea necesario el aporte de antecedentes por parte del administrado. El criterio propuesto resulta especialmente relevante en los procedimientos contenciosos especiales de reclamación, en que generalmente no se ha previsto la posibilidad de rendir prueba con posterioridad, dejando con ello al administrado en una posición de indefensión frente al órgano administrativo, que goza de prueba documental preconstituida mediante actas de inspección.

I. Consagración constitucional y legal del debido proceso administrativo

1. Generalidades

La justicia administrativa se compone de un conjunto amplio de instrumentos jurídicos para la defensa de los administrados, dentro de los que se incluyen la existencia de una jurisdicción especializada y ejercida por los tribunales, y en sede administrativa y por los entes y órganos de la administración pública¹.

De esta manera, la jurisdicción y los procedimientos administrativos se han convertido en mecanismos efectivos, así como en una fuente fundamental de la justicia administrativa, sin desconocer que "la esencia del procedimiento administrativo en general es la de asegurar el cumplimiento posible de los

¹ Fix 2005, 166 y ss.

finde de la Administración con respeto a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”².

Nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que el debido proceso como “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”³.

En este sentido, el debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito de la Administración⁴, lo cual se traduce conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva”⁵. En definitiva, tal como señala Cordero Vega, la necesidad de que el particular afectado aduzca sus argumentos y exponga sus razonamientos cuando la decisión aún se encuentra en gestación, ha de buscarse en el principio *audi alteram parte* o prohibición de resolver inaudita parte⁶.

Las exigencias de un debido proceso también han sido recogidas por la Corte Suprema, específicamente en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que tomando como referencia y norma básica supletoria la Ley N° 19.880, y los principios conclusivo, de contradicción, impugnabilidad, transparencia y publicidad establecidos en los artículos 8, 10, 15 y 16, de dicha norma, ha llegado a la conclusión que el respeto del debido proceso es obligatorio para los órganos del Estado:

máxime si se considera que se está en presencia de un procedimiento sancionatorio que culmina con la imposición de una multa, manifestación del *ius puniendi* estatal, en cuyo ejercicio el ente administrativo debe regirse estrictamente por el principio de legalidad, respetando el derecho básico de los particulares de conocer y defenderse de las imputaciones que se dirigen en su contra⁷.

Por otra parte, en lo que respecta al derecho de defensa en materia administrativa, se ha considerado no solo como una exigencia del principio de justicia sino también como expresión del principio de eficacia ya que asegura un mejor conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa garantizando que ella sea más justa. Como señala Oelckers:

la garantía del debido proceso que reconoce el Art. 19 N° 3 inc. 5°, en el ámbito administrativo se manifiesta en una doble perspectiva: a) el derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para

² Sobre este tema puede consultarse el artículo de Brewer-Carías 2009.

³ Sentencia TC Rol N° 1838 (2011).

⁴ ROJAS 2011, 183-184.

⁵ Sentencia TC Rol N° 1130 (2008).

⁶ CORDERO 2015, 335.

⁷ Sentencia CS Rol N° Rol N° 62128-2016.

el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas y también b) como el derecho de exigir de la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos⁸.

2. Contenido de un racional y justo procedimiento

Como señalamos anteriormente, uno de los aspectos más relevantes del derecho de defensa es aquel que se refiere al principio de contradictoriedad que se traduce en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo, ya que la regla de la bilateralidad se convierte en una condición esencial, que debe proyectarse principalmente en la actividad probatoria. En palabras de Conget, se trata de “un aspecto sensible que repercute en un componente sustancial del justo y racional procedimiento garantizado por el artículo 19 numeral 3 de la Constitución”⁹.

Poblete, entiende que un justo y racional procedimiento administrativo debería contemplar un mínimo de acciones, tales como que permita desplegar el contradictorio en plenitud arbitrando, conforme con las reglas del debido proceso, la posibilidad de evaluar la recepción de la causa a prueba por el juez; arbitrar la actividad probatoria en un tiempo razonable; asegurar que la actividad probatoria deba ajustarse a los principios de intermediación, bilateralidad, igualdad, publicidad y contradicción; valorar la prueba conforme a las reglas especiales que fije el procedimiento y en su silencio, conforme con las reglas procesales civiles generales¹⁰.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que un adecuado contradictorio “garantiza a las partes una intervención en condiciones de igualdad sobre las materias que son objeto de la decisión, lo que asegura, entre otros componentes, que la prueba será examinada y discutida por los antagonistas”¹¹. En este sentido, la bilateralidad constituye un principio formativo del procedimiento administrativo, tal como lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, cuando señala que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la bilateralidad de la audiencia”¹².

Nuestra legislación ha reconocido normativamente esta orientación. El artículo 17 de la Ley N° 19880, que consagra normativamente los derechos

⁸ OELCKERS 1999, 272. En contra, Valdivia señala que el fundamento de un debido proceso administrativo proviene de una interpretación errada de parte de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la due process clause del derecho norteamericano, pensada solo para el debido proceso judicial, y no para el procedimiento administrativo nacional. VALDIVIA 2018, 249.

⁹ CONGET 2015, 96 y ss.

¹⁰ Cfr. POBLETE 2016, 26 y ss.

¹¹ Sentencia TC Rol N° 1718 (2010), en que se refiere al principio de presunción de inocencia.

¹² Sentencia TC Rol N° 1448 (2010).

de los administrados, destaca la posibilidad de “formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”. Luego, el artículo 41, en lo que respecta al contenido de la resolución final, establece que habiendo cuestiones conexas que deban decidirse deberán ser puestas en conocimiento de los interesados, quienes dispondrán de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimen pertinentes y aportar, en su caso, medios de prueba¹³.

La misma idea recoge también el artículo 39, cuando consagra la audiencia pública facultativa, que tiene por objeto llamar a todos los terceros interesados a hacer valer sus derechos e intereses y efectuar las alegaciones antes que la decisión se adopte por parte de la Administración cuando aparezca conveniente según la naturaleza del acto, anunciándose una vez a lo menos en el Diario Oficial o en el periódico de circulación nacional o regional correspondiente. En el mismo sentido, el artículo 53 del mismo cuerpo legal habilita a la Administración del Estado para proceder a la invalidación de los actos administrativos previa audiencia del interesado, requisito que ha sido considerado como esencial por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por cuanto constituyen un claro ejemplo del principio de contradicción¹⁴.

II. La prueba en el procedimiento administrativo

1. Generalidades

Nos corresponde determinar ahora cómo se canaliza el derecho a la prueba en un debido proceso administrativo y cómo nuestra legislación garantiza un adecuado contradictorio¹⁵, ya que como señalamos, la consecuencia fundamental del derecho a ser oído es el derecho de los interesados a formular alegaciones, defensas y a presentar pruebas. En efecto, el artículo 10 de la Ley N° 19.880, que establece el principio de contradicción, precisa en su inciso primero que “los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”, agregando que también “podrán alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto”.

¹³ Algunas constituciones más modernas, como la de Colombia de 1991, establece en su artículo 29 consagra que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, mientras que el art. 238 prescribe que los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial, podrán ser suspendidos provisionalmente, según lo regule la ley, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁴ Sentencia CS Rol N° 1827-2014.

¹⁵ BERMÚDEZ 2011, 150. CORDERO 2015, 402.

En su inciso final, dispone que, en cualquier caso, “el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”. Por igualdad procesal debemos entender la necesidad de que se verifique un “equilibrio procesal necesario otorgando igualdad de armas al interior de un procedimiento”¹⁶, lo que se traduce en el derecho del administrado a ofrecer prueba para desvirtuar los antecedentes que el fiscalizador ha logrado reunir durante la investigación administrativa. De no ser así, “se estaría rompiendo con el principio de objetividad que debe respetarse en toda investigación”¹⁷.

Específicamente, los artículos 35 a 38 de la Ley N° 19.880 regulan la actividad probatoria que se desarrollará dentro del procedimiento administrativo, reconociendo como fundamento de esta regulación el reconocimiento de la garantía del debido proceso consagrado en nuestra Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que el legislador:

está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad¹⁸.

La prueba en el procedimiento administrativo se encuentra regida también por el principio de imparcialidad, contemplado en el artículo 11 de la ley, y en virtud del cual, la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento, lo cual la obliga a motivar en forma suficiente los actos administrativos que limiten, restrinjan, priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de derechos, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

2. Apertura de un periodo de prueba: ¿facultativa u obligatoria?

Tal como señalamos previamente, la prueba se inserta en el procedimiento como una actuación de instrucción en favor del ciudadano ante la Administración. Claramente, en un procedimiento administrativo la procedencia de la prueba no se ajusta a los parámetros normales de los procedimientos civiles¹⁹. Al no existir un contradictorio propiamente tal entre partes procesalmente iguales, no es posible hablar sobre la existencia de hechos sustan-

¹⁶ GARCÍA 2013, 267.

¹⁷ MATURANA 2014, 566.

¹⁸ Sentencia TC Rol N° 1411 (2009).

¹⁹ VALDIVIA 2018, 250.

ciales, pertinentes y controvertidos de la manera como se explica a propósito de un procedimiento civil tradicional, puesto que el órgano administrativo no está llamado a aplicar el derecho para la solución de un conflicto concreto, sino que más a la satisfacción de necesidades de carácter público y el correcto ejercicio de la potestad administrativa.

A primera vista se puede inferir que esta etapa es meramente eventual, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N° 19.880, solo sería necesaria la apertura de un período de prueba, cuando a la Administración no le constan los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija. Por lo mismo, sería facultativo para la Administración la decisión sobre si abrir o no un término probatorio, y queda a su discreción evaluar si los hechos alegados por los interesados le constan a la Administración o no.

En atención al principio antes mencionado, se han efectuado alegaciones en el sentido que el artículo 35 presentaría rasgos de inconstitucionalidad, ya que, en ciertos casos, permitiría a la Administración exonerarse de esa obligación de recibir la controversia a prueba y porque la carga de la prueba se trasladaría injustificadamente al administrado, al tener que individualizar los hechos que no le constan a dicha autoridad²⁰. El Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 2682 de 2014, precisa por ejemplo que las sanciones administrativas deben ser:

precedidas de una formulación de cargos, donde se precisen los hechos imputados, seguida de una oportunidad real para plantear descargos, donde la defensa pueda incluso invocar hechos nuevos o distintos –no considerados por el fiscalizador– con el propósito de desvirtuar esa acusación o, al menos, para fundamentar atenuantes²¹.

Agrega la sentencia que un debido proceso, exige “la formulación de cargos, su notificación al inculpado, seguida de una oportunidad efectiva para que este pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas”²², y que la autoridad administrativa “se encuentra en el imperativo de sustanciar un procedimiento justo y racional que satisfaga las garantías del artículo 19, N° 3, constitucional”.

De esta forma, a la imposición de sanciones administrativas:

necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa

²⁰ En este caso en particular, el Tribunal señaló que “la ley orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, Decreto Ley N° 3538, de 1980, no establece que esta entidad fiscalizadora tenga la obligación de fijar los hechos sobre los que debe recaer la prueba, después de recibir los descargos de un acusado en que se acompañan antecedentes o se solicita la práctica de diligencias probatorias, agregando que este mismo trato procedimental se encuentra reconocido en otros procedimientos seguidos ante diversas superintendencias.

²¹ Sentencia TC Rol N° 2682 (2014).

²² Ídem.

y sostenida en una investigación previa, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que este pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas²³.

Zúñiga y Osorio consideran que el Tribunal Constitucional ha ido generando en sus sentencias ciertos criterios que se deben considerar sobre la apertura de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, y que resumen en que:

a) la autoridad no tiene la obligación legal de abrir un término probatorio, salvo que exista en el procedimiento una controversia sobre los hechos u omisiones objeto de investigación; b) la autoridad sancionadora analizará la prueba ofrecida por el inculpado o interesados en el procedimiento y resolverá si esta es pertinente y conducente para el esclarecimiento del caso; c) la autoridad no debe fijar por una resolución los puntos de prueba, en materia administrativa sancionadora hay un derecho para producir todas las pruebas que se estimen conducentes a demostrar la veracidad de las alegaciones, y d) la carga de la prueba corresponde a la autoridad pública en sede administrativa y al infractor o regulado en el contencioso administrativo²⁴.

Sin embargo, y sin desconocer la vigencia de los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía procesal, cuyo objetivo es garantizar la rapidez del procedimiento administrativo y evitar la duplicidad de actuaciones, no es coherente con un racional o justo procedimiento administrativo que la apertura del término probatorio quede entregada a la mera discrecionalidad del órgano administrativo. Por lo tanto, es preciso analizar las limitaciones que dispone la propia ley de procedimiento administrativo, como aquellas que derivan del ordenamiento jurídico administrativo.

a. Hechos relevantes para la decisión del procedimiento administrativo

Una primera limitación a la discrecionalidad que ostenta la Administración para abrir un término probatorio se relaciona con la existencia de hechos relevantes para la decisión del procedimiento administrativo, lo cual no se encuentra definido por la ley. Sin embargo, acudiendo a la doctrina procesal civil y a las normas comunes a todo procedimiento dispuestas por el libro I del Código de Procedimiento Civil, se entiende que son hechos relevantes aquellos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

²³ *Ídem*. Orientación propuesta por el Tribunal Constitucional en el considerando 15º en el sentido que a los procedimientos administrativos sancionadores deben aplicárseles las reglas del procedimiento penal, por ser una manifestación del ius puniendi estatal. Señala también en este sentido, que:

cuestión diversa a lo que ocurre en el procedimiento administrativo sancionador, similar al penal, donde el objeto de la prueba estará constituido por los hechos o enunciados fácticos de la acusación y de la defensa, que en ellos se consideren sustanciales y relevantes.

²⁴ ZÚÑIGA y OSORIO 2016, 470.

Estimamos que el marco de un procedimiento de elaboración de un acto administrativo, todos los hechos que se ventilen durante la tramitación del procedimiento son relevantes para la elaboración del acto administrativo terminal y para cumplir con el principio de motivación suficiente. En efecto, todos los hechos comprobados por la Administración, mediante distintas posturas, como, por ejemplo, la potestad inspectiva²⁵, recogidos en un acta de inspección son relevantes y su omisión puede generar un serio problema de razonabilidad en la motivación del acto administrativo terminal.

A su vez, los hechos que el administrado ventila como hechos relevantes, mediante alegaciones o presentaciones, no pueden ser rechazados en forma categóricamente por la Administración sin que exista una adecuada fundamentación, por cuanto para una correcta apreciación de la realidad sobre la cual la Administración debe ejercer la potestad es preciso analizar conforme a las reglas de la sana crítica la pertinencia y sustancia de estos. Al respecto, la Contraloría General de la República ha señalado que por muy amplia que sea la discrecionalidad otorgada a un órgano de la Administración, ella deberá siempre ejercerla de un modo racional y razonado, lo cual se concreta en materia de prueba en la obligación de emitir una resolución fundada en los casos que la prueba sea calificada como improcedente o innecesaria²⁶.

En este sentido, Oelckers señala que, la negativa de la Administración de abrir un período de prueba o a practicar las proposiciones del interesado puede determinar la nulidad del acto terminal en la medida que esa negativa haya producido indefensión. Igual cosa ocurre si la Administración deniega su práctica, si las pruebas son a su criterio innecesarias o inútiles, situaciones que podrán ser calificadas posteriormente para los efectos de la validez o no del acto y su eventualidad²⁷.

b. Hechos que no le constan a la Administración

Una segunda hipótesis en la cual existe obligación de abrir un término probatorio se activa cuando a la Administración no le constan los hechos que surgen durante la tramitación del procedimiento administrativo. Sin embargo, nos debemos preguntar ¿Cuándo no le constan los hechos a la Administración?

Para responder esta pregunta es necesario efectuar algunas consideraciones relevantes. En primer lugar, no será necesaria la producción íntegra de prueba ni la apertura de un término probatorio cuando se trata de procedimientos administrativos, cuyos antecedentes se encuentra a disposición del órgano administrativo mediante registros públicos que dan cuenta de requisitos para ejercer una actividad o de un estado civil, por ejemplo la solicitud de emisión de un permiso de circulación o un certificado de nacimiento, en ambos casos la documentación se encuentra en poder de la Administración

²⁵ VALDIVIA 2018, 276.

²⁶ Dictamen N° 39.348 (2007).

²⁷ OELCKERS 1999, 279.

y por lo tanto, los hechos le constan. Por el contrario, como señala Letelier, la regla de fundamentación de las decisiones –con todas las garantías que ella concretiza– obliga necesariamente a disponer de prueba que acredite los hechos en que se funda y a valorar dicho material probatorio de una forma determinada²⁸.

En segundo lugar, los hechos le constan –al menos en forma parcial– a la Administración, en aquellos casos en que el procedimiento administrativo es consecuencia del ejercicio de la potestad de fiscalización²⁹, por cuanto la Administración mediante un funcionario público investido de la calidad de ministro de fe, tiene por objetivo inspeccionar los hechos en los términos más exacto posibles, con el objetivo de motivar la incoación de un eventual procedimiento administrativo sancionador en aspectos tales como, la identificación de las personas que pudieren resultar responsables y las circunstancias relevantes³⁰. De esta forma, mediante la inspección administrativa, el órgano público preconstituye prueba que a la postre el legislador le confiere la presunción de legalidad y, en algunos casos una cuestionable presunción de veracidad.

Señalamos que los hechos recogidos por la Administración en un acta de inspección, le consta en forma parcial, por cuanto a pesar del valor probatorio que le asigna el ordenamiento jurídico, el acta de inspección debe ser evaluada conforme a las reglas de la sana crítica, lo que implica que la Administración no puede dar por acreditados los hechos exclusivamente mediante el acta, sino que para dar cumplimiento a un racional y justo procedimiento y respetar el principio de contradictoriedad, es preciso que se fije un término probatorio con el objetivo de producir y ponderar la prueba aportada por el particular interesado.

Siguiendo a Isensee, las tres reglas dispuestas en el artículo 35 de la Ley N° 19.880, se podrían resumir en la necesidad de probar los hechos relevantes que no le consten a la Administración al momento de revisar y ponderar los elementos fácticos que le sirven de causa al acto administrativo y que constan en la formulación de cargos, concluyendo el autor que el artículo 35 de la Ley N° 19.880 contiene una regla probatoria que:

regula la distribución de la carga de producir la prueba, debiendo la Administración reunir la evidencia que sustente los cargos comunicados al acusado o formulado de cargos y, por su parte, este debe probar aquellos hechos que avalan la hipótesis o enunciados que propone en sus “descargos”³¹.

Por lo tanto, solo se admite prueba respecto de aquellos hechos que no le consten a la Administración, que regularmente dirán relación con supues-

²⁸ LETELIER 2018, 2017. LETELIER 2020, 79.

²⁹ VERGARA 2020, 150.

³⁰ Cfr. PAREJO 2010, 699-700.

³¹ ISENSEE 2016, 87.

tos de exculpación de los cargos formulados y cuyos antecedentes no hayan sido recopilados durante la etapa de investigación o fiscalización. Lo anterior significa que, para la prueba de exculpación, el administrado se verá en la necesidad de aportar nuevos antecedentes que convengan al órgano administrativo de la necesidad de abrir un término probatorio, en que además deberán probar las circunstancias exculpatorias de las conductas reprochadas³².

Finalmente, consideramos que los hechos no le constan a la Administración y es necesario abrir un término probatorio, en aquellos casos que el procedimiento administrativo se inicia a instancia del particular interesado, sobre todo en aquellos procedimientos en los cuales se discuten materias relevantes, cuya ausencia de un término probatorio puede generar vicios derivados de ausencia de antecedentes, ejemplo autorizaciones administrativas.

c. *Naturaleza del procedimiento*

Generalmente se habla que es necesario abrir un término probatorio cuando la naturaleza del procedimiento lo exija, inmediatamente se indica al procedimiento administrativo sancionador, como aquel en el cual es imprescindible la prueba de las infracciones administrativas. La justificación de abrir un término probatorio en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador descansa en la exigencia de motivación suficiente y de un racional y justo procedimiento, en atención a que la autoridad administrativa es la encargada de ejecutar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias para esclarecer los hechos u omisiones, ya sea para aplicar una sanción, o para absolver al inculpado³³.

En efecto, en los procedimientos administrativos sancionadores es imprescindible la apertura de un término probatorio, por cuanto es común que exista controversia sobre hechos o actuaciones recogidas en la formulación de cargos por parte de la Administración, sobre el *quantum* de la sanción y sobre la existencia y veracidad de los hechos ventilados por el inculpado en sus descargos, así como la invocación de causales de exculpación o de atenuación de la eventual sanción administrativa³⁴.

La ausencia de apertura de un término probatorio en el caso de procedimientos sancionadores, tal como lo ha señalado la jurisprudencia³⁵, puede generar la nulidad del acto administrativo sancionatorio, por cuanto la apertura

³² Dictamen N° 30.237 (2016).

³³ OSORIO 2017, 840.

³⁴ En relación con estas reglas de pertinencia y necesidad de la prueba, la Corte Suprema ha señalado que "las probanzas ofrecidas por la reclamante fueron consideradas improcedentes desde que la prueba testimonial ofrecida claramente no tenía la aptitud para desvanecer las infracciones a la normativa ambiental sustentadas en estudios científicos emanados de los órganos competentes. (...) Como consecuencia de lo expresado en los motivos anteriores, el ente administrativo legalmente facultado para ello y en mérito de los antecedentes que constaban en el expediente sancionatorio, consideró innecesario otorgar un término probatorio". Sentencia CS, Rol N° 9703-2012.

³⁵ Sentencia CS, Rol N° 9703-2012.

de un término probatorio se configura como un requisito esencial, que a la luz del artículo 13 de la Ley N° 19.880, constituye un vicio de procedimiento no convalidable, por cuanto genera un perjuicio grave y sustancial al inculpado.

d. Término probatorio administrativo y contenciosos especiales

Finalmente, no obstante, no se encuentra regulado en la ley de procedimientos administrativos una obligación general de conferir un término probatorio específico en todos los procedimientos administrativos, consideramos que una interpretación sistemática del procedimiento administrativo y de los contenciosos administrativos especiales, arrojan como consecuencia la conveniencia de abrir un término probatorio durante la tramitación del procedimiento administrativo, por cuanto los contenciosos administrativos especiales, no regulan instancias de prueba.

En efecto, la vía idónea procesal dispuesta por los contenciosos especiales, bajo la fórmula de recursos de reclamación, generalmente no prevén la oportunidad de abrir un término probatorio. En este caso, se encuentra el artículo 94 N° 8, del DL N° 3.500 que regula la potestad de la Superintendencias de Pensiones de imponer multas, las cuales se pueden reclamar judicialmente ante la Corte de Apelaciones respectiva, sin que exista referencia alguna a la apertura de un término probatorio ante la I. Corte de Apelaciones. La misma hipótesis, se encuentra dispuesta por el artículo 113 del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, que contiene la ley orgánica de la superintendencia, que se limita solo a reconocer que la Corte de Apelaciones puede decretar medidas para mejor resolver, sin que exista referencia a abrir un término probatorio.

Consideramos que, en los casos que no existe una instancia de prueba en el contencioso administrativo especial de reclamación, es preciso mantener un adecuado procedimiento racional y justo, en el cual la Administración proceda a abrir un término probatorio durante la tramitación del procedimiento administrativo, con independencia de su naturaleza, por cuanto la ausencia de un período de prueba puede confabular contra el derecho a tutela judicial efectiva, máxime cuando la Administración busca limitar la prueba judicial en los recursos de reclamación solo a hechos nuevos³⁶.

De esta forma, ha razonado la Corte Suprema respecto del artículo 171 del Código Sanitario, que obliga al tribunal a desechar la reclamación si los hechos que han motivado la sanción se encuentren comprobados en el sumario sanitario. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que:

(...) como se desprende de la norma transcrita más arriba, al conocer de la reclamación referida los jueces del grado deben, en primer lugar, determinar si los hechos que hayan motivado la sanción se encuentren comprobados, labor en la que han de considerar toda la prueba rendida

³⁶ ARANCIBIA 2016, 162.

en la causa, tanto la aparejada en sede judicial como aquella agregada en el procedimiento administrativo que precedió a su intervención³⁷.

Una propuesta diferente sobre armoización probatoria entre la instancia administrativa y jurisdiccional, es planteada por Letelier, quien señala que, dentro de la impugnación contencioso-administrativo podría justificarse una regla de statu quo que privilegiase la estabilidad y certeza del acto administrativo imponiéndole al actor la obligación de desplegar un esfuerzo probatorio mayor ante el juez que el que tendría la propia administración en el procedimiento para dar por establecidos los hechos constitutivos de la infracción³⁸.

Por nuestra parte sostenemos que, cuando los contenciosos especiales de reclamación no prevén la posibilidad de abrir un término probatorio, parece de justicia, que el procedimiento administrativo contemple un período de prueba, porque su ausencia impediría que el particular pueda desacreditar los hechos fijados por la Administración, máxime cuando el control judicial en los mercados regulados -donde el legislador regula recurso de reclamación- se limita a infracción del principio de proporcionalidad o existe una fuerte deferencia hacia la Administración de Estado³⁹.

3. La carga de la prueba en el procedimiento administrativo

La doctrina ha identificado el concepto de carga como aquélla que determina:

qué hechos tienen que verificar cada una de las partes en el procedimiento y a quién beneficia la falta de prueba de los mismos. La carga de la prueba formal es la que establece la parte que debe probar. La carga de la prueba material es la que fija la parte que resulta perjudicada por la ausencia de prueba⁴⁰.

Nuestra Corte Suprema, en el "Caso SQM y Seremi de Antofagasta"⁴¹, ha señalado que la carga de la prueba "determina sobre quién existe la obligación o el imperativo de acreditar los hechos u omisiones constitutivos de infracción, o las causales de justificación, exculpación o extinción de la responsabilidad administrativa, en un procedimiento administrativo sancionador". De esta manera, en el procedimiento administrativo, la carga de probar los hechos recae en la Administración y el formulado de cargos.

El órgano administrativo deberá probar los hechos que sustentan sus cargos, es decir, "la conducta que configura la infracción y la participación del administrado en ella, mientras que el formulado de cargos deberá hacer lo mismo respecto de sus descargos. Por ello, deberá aportar prueba que se dirija a desvirtuar la acusación, fortaleciendo la presunción de inocencia que

³⁷ Sentencia CS Rol N° 31870-2017.

³⁸ LETELIER 2018, 217.

³⁹ Sentencia CS Rol N° 24679-2020. CORVALÁN 2015, 27.

⁴⁰ ALARCÓN 2007, 387.

⁴¹ Sentencia CS Rol N° 2267-2015.

lo resguarda, la cual se materializa, entre otras maneras, en su derecho a ser oído previamente⁴².

En efecto, la necesidad de prueba no puede desvincularse del principio de presunción de inocencia, ya que es a través de la prueba que dicha presunción debe ser desestimada, lo que supone que “solo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí, la propia Administración, en su fase instructora), podrá alguien ser sancionado⁴³. Por lo tanto, el derecho a la presunción de inocencia hace recaer la carga de la prueba incriminatoria sobre la Administración sancionadora, no existiendo carga del administrado sobre la prueba de inocencia, que aparece directamente presumida por la Constitución. Ahora bien, el hecho de que la presunción de inocencia lo sea “iuris tantum” posibilita naturalmente que la Administración pueda desvirtuar su eficacia mediante la práctica de una actividad probatoria de cargo rodeada de todas las garantías. De este modo, si bien es cierto que la falta de prueba de cargo perjudica a la Administración, no lo es menos que, una vez obtenida esta, la falta de prueba de descargo perjudicará al administrado sujeto al expediente sancionador.

La distribución de la carga de la prueba ha sido reconocida especialmente en procedimientos por infracciones a las regulaciones sanitarias. Así, nuestra Corte Suprema –en materia sanitaria– expresa que “la carga de la prueba de las infracciones sanitarias está sujeta a un sistema diferenciado. En sede administrativa, ella corresponde a la administración⁴⁴.

También en el caso “Algorta Norte”, reitera esta regla cuando señala que “la norma recién transcrita consagra la reclamación respecto de las sanciones de índole sanitaria estableciendo que la reclamación será desechada si se constata que los hechos fundantes de la acción están comprobados en el respectivo sumario, si los mismos constituyen infracción sanitaria y si la sanción corresponde a la infracción cometida⁴⁵.

Sin embargo, la presunción de inocencia se ve afectada dramáticamente con el valor jurídico específico que les asigna el legislador a las actas de inspección. En efecto es frecuente que el legislador les asigne a las actas de inspección una presunción de legalidad, que invierten la carga de la prueba dispuesta por el artículo 1698 del Código Civil, debiendo el particular investigado probar o contradecir lo señalado por el funcionario público, investido de la calidad jurídica de ministro de fe. Ello, se puede apreciar por ejemplo respecto de las actas emitidas por la Superintendencia de Electricidad y Combustible, que en virtud del artículo 3, letra D, de la Ley N° 18.410, que dispone que los hechos establecidos constituirán una presunción legal; igual

⁴² DROGHETTI 2017, 51.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA 1993, 180.

⁴⁴ Sentencia CS Rol N° 2267-2015.

⁴⁵ Sentencia CS Rol N° 7441-2016.

disposición se encuentra regulada en el artículo 11 A, de la Ley N° 18.902, de la ley orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Recientemente, parte de la doctrina ha entendido que la presunción de legalidad de los actos administrativos debe ser interpretada como una ficción jurídica cuya función o propósito no es más que amparar la realización del interés general y garantizar la eficacia del funcionamiento de la Administración, y no servir de mecanismo para facilitar su prueba en juicio. En efecto, que la presunción de legalidad sea una ficción –en las palabras de Hunter– explica además que la ejecución sea posible una vez que los actos administrativos han quedado firmes, ya sea porque no han sido impugnados o se resolvieron las impugnaciones judiciales o administrativas⁴⁶.

Conjuntamente con la presunción de legalidad de las actas de inspección, el legislador el atribuye una cuestionable presunción de veracidad a los hechos consignados por el funcionario fiscalizador. Ello, implica que los hechos en la forma en que se encuentran consignados en las actas de inspección son ajustados a la realidad, sin que puedan negarse racionalmente su validez.

Ahora si bien, el funcionario fiscalizador puede tener la calidad de ministro de fe, en razón de su carácter técnico y especializado, ello no implica que sus actuaciones revistan la naturaleza de verdad absoluta ni que los hechos ni las declaraciones consignadas en dicho documento estén revestidos de una presunción de derecho, que no admita prueba en contrario, salvo que una norma legal lo diga expresamente⁴⁷.

En la doctrina podemos encontrar dos posiciones doctrinales en torno al valor probatorio de las actas de inspección. La primera que reconoce la legitimidad de la atribución legal de presunción de certeza o veracidad al contenido del acta y que la conecta con la aplicación del principio de eficacia de la Administración, así como a la presunción de validez de los actos administrativos⁴⁸. La otra postura, propugna rechazar el carácter o aplicación de una presunción de veracidad y propone, por el contrario, considerar simplemente que las actas de inspección poseen valor probatorio, y que conforme con las reglas de la sana crítica, será una más de las pruebas que deba valorar conjuntamente el juez⁴⁹.

En cuanto a la naturaleza de esta presunción, la doctrina señala que es *iuris tantum* o simplemente legal, que no es absoluta ni indiscutible, y por tanto, los hechos e imputaciones consignados en el acta de fiscalización pueden ser enervados por otros medios de prueba, ello como una manifestación de los principios de presunción de inocencia y de un adecuado derecho a la

⁴⁶ HUNTER 2016, 218.

⁴⁷ ANDRADE 2012, 16.

⁴⁸ RIVERO 2000, 205-206.

⁴⁹ FERNÁNDEZ 2002, 474-475.

defensa jurídica que informan los procedimientos administrativos sancionadores⁵⁰. De este modo:

(...) lo verificado por el acta de inspección no posee una verdad absoluta e indiscutible: siempre puede ceder frente a otras pruebas que aportadas por el interesado conduzcan a conclusiones diversas; o bien por objeciones que realicen los propios participantes en el expediente destinadas a desconocer su valor por diversos motivos, que serán apreciados en forma fundada y basados en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia⁵¹.

En efecto, el acta de fiscalización no tiene valor de prueba absoluta, sino solo de relevancia probatoria, por lo tanto, no obliga al órgano fiscalizador a resolver en el sentido afirmado en ese documento prescindiendo del resultado que arrojen otras pruebas aportadas por el particular durante la tramitación del procedimiento sancionador, siguiendo las reglas de la sana crítica. En este sentido, sin perjuicio del valor jurídico que ostenten las actas de inspección, la carga de la prueba recae sobre la Administración, por cuanto, la presunción de certeza o veracidad del acta de inspección solo alcanza a los hechos directa y objetivamente apreciados por el inspector público. Lo anterior, exige no solo la completa descripción de los hechos, sino también la especificación de la forma como se ha llegado a su conocimiento⁵².

Recientemente, respecto del artículo 166 del Código Sanitario, el Tribunal Constitucional ha señalado que la presencia de un acta de inspección afecta la carga de la prueba y el derecho de defensa y contradictoriedad de un racional y justo procedimiento, por cuanto:

(...) que una tal declaración anticipada de culpabilidad desvirtúa completamente el principio de contradictoriedad, que ha de presidir todo procedimiento administrativo, coarta el derecho de la defensa a tener que discurrir únicamente en torno a esa hipótesis en particular, amén de incentivar –por otro lado– el sesgo confirmatorio del primer atestado efectuado por la autoridad⁵³.

Por último, cabe señalar que acta de inspección constituye solo un medio de prueba, dentro del marco de la libertad probatoria en materia administrativa, la cual es apreciada conforme con las reglas de la sana crítica, y generalmente, es desacreditada mediante la utilización de informes periciales u otras pruebas técnicas apreciadas conforme con las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados⁵⁴.

⁵⁰ ROMÁN 2000, 200-202.

⁵¹ JARA y MATURANA 2009, 15.

⁵² Cfr., GARCÍA 2006, 234.

⁵³ Sentencia TC Rol N° 8823 (2020).

⁵⁴ RIVERO 2000, 217-218.

4. Necesidad de fijar los hechos controvertidos en una resolución específica

Otra materia conflictiva en la prueba dice relación con la fijación de los hechos controvertidos que deberán recibirse a prueba. La Corte Suprema en sentencia dictada en la causa rol 2682 de 2016, ha afirmado que se abrirá un término probatorio cuando exista controversia sobre las circunstancias afirmadas en los cargos ya sea respecto a los hechos, calificación jurídica o la sanción aplicable, pero que no será necesario fijar por una resolución administrativa los puntos de prueba. Indica que la autoridad administrativa en un procedimiento administrativo sancionador no tiene que fijar por resolución los puntos de prueba, ya que en materia administrativa sancionatoria hay un derecho para producir todas las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes a demostrar la veracidad de las alegaciones, por cuanto:

una interpretación armónica de esta norma con las antes señaladas, esto es, los artículos 35 de la misma ley y 22 inciso 5° de la Ley N° 19.913, lleva a concluir que en el procedimiento administrativo el legislador no contempló la fijación de puntos de prueba, estableciendo el derecho para producir todas las pruebas que se estimen conducentes a demostrar la veracidad de las alegaciones, sin perjuicio del rechazo de las que se estimen improcedentes o innecesarias⁵⁵.

Este análisis es compartido por el Tribunal Constitucional cuando señala que:

no existe principio constitucional ni regla legal que obligue al órgano administrativo persecutor a emitir, en este tipo de investigaciones, un acto interlocutorio donde se fijen los hechos sustanciales y pertinentes que son controvertidos. De suerte que la aplicación del citado artículo 35 no puede configurar una evasión de tal supuesto deber que, por ello, ocasione los efectos inconstitucionales reprochados⁵⁶.

No obstante lo categórico de la jurisprudencia, consideramos que la negativa a la dictación de una resolución específica que recoja los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, no debe ser analizada desde la óptica estrictamente civil, porque es lógico que el procedimiento administrativo difiera del proceso civil. Sino que es preciso analizar la necesidad de dictar una resolución de prueba, desde la visión garantista del procedimiento administrativo para los ciudadanos. Lo anterior descansa en dos supuestos elementales del debido procedimiento administrativo.

En primer lugar, la visión reduccionista del control jurisdiccional de los actos administrativos mediante reclamaciones de ilegalidad estricta. En este sentido, señala Arancibia que:

⁵⁵ Sentencia CS 23714-2016.

⁵⁶ Sentencia TC Rol N° 2682 (2014).

Cualquier restricción probatoria en favor de una de las partes configuraría una especie de auto-prueba característica de un régimen de autotutela. En este sentido, la restricción probatoria en el litigio equivale a evidencia por propia mano que anula la tutela judicial efectiva y produce indefensión⁵⁷.

Por lo tanto, ante la restricción de los contenciosos de reclamación de una instancia probatoria general y adecuada, por una parte y la presencia de auto prueba de la Administración, por otra parte, parece razonable y ajustado a un racional y justo procedimiento, que la Administración defina y concretice mediante una resolución fundada cuáles son los hechos que no le constan o si la evidencia recogida en el acta de inspección no es certera ni asertiva, o existen serios defectos y vicios durante la fiscalización que es necesario probar en forma ordenada y coherente.

En segundo lugar, la exigencia de un racional y justo procedimiento no debe quedar entregado a la interpretación exegética, sino que ambos conceptos "racional" y "justo" son extra normativos. En consecuencia, por razones de buena administración, y considerando que la autoridad administrativa goza de prueba preconstituida y, que los tribunales de justicia no son llanos a abrir un término probatorio y se limitan respaldar las decisiones administrativas, es racional y de justicia que en el expediente administrativo exista una resolución que de cuenta de los hechos que deben ser acreditados y luego revisados por los tribunales de justicia.

5. Libertad en el ofrecimiento de medios de prueba

La estructura la actividad probatoria regulada en la Ley N° 19.880, se contiene casi específicamente en el artículo 35, que reconoce la regla general de inclusión de prueba, al señalar los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Junto con ello, el inciso tercero del mismo artículo previene que el instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

En efecto, hay en primer lugar una limitación que se refiere a los medios de prueba admisibles en derecho, que debemos entender como aquellos mecanismos probatorios que autorizados por el ordenamiento jurídico deberán ser considerados en la resolución definitiva como parte esencial de la motivación del acto administrativo. En principio entonces podrá aceptarse todo medio que genere prueba lícita, entendiendo por prueba ilícita:

todo aquel medio probatorio aportado por las partes o por funcionario público, que en sí mismo o en su obtención importe la violación de alguno de los derechos o garantías constitucionales, sin necesidad de existir al respecto sanción procesal expresa⁵⁸.

⁵⁷ ARANCIBIA 2016, 173.

⁵⁸ MATORANA 2012, 290.

Lo anterior es concordante con lo sostenido por Rebollo Puig al señalar que “la presunción de inocencia conlleva la prohibición absoluta de utilizar pruebas ilícitas en los procedimientos sancionadores” y que “la lesión de la presunción de inocencia requiere que la sanción se haya fundamentado exclusivamente en una prueba ilícita”, porque las pruebas obtenidas en las que se lesionen los derechos fundamentales del inculpado son incapaces de enervar su presunción de inocencia⁵⁹, las que se denominan pruebas “excluidas de apreciación” o “valoración prohibida”. Además, la sola existencia de prueba ilícita no conlleva a la vulneración del principio de inocencia del inculpado porque si en el procedimiento sancionador se han practicado otras pruebas inculpativas lícitas e independiente de la obtenida por forma inconstitucional, estas pueden justificar su imposición de la sanción⁶⁰.

Nuestra jurisprudencia agrega la pertinencia del medio probatorio. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado ratificando esta atribución legal de la administración cuando señala que “las probanzas ofrecidas por la reclamante fueron consideradas improcedentes desde que la prueba testimonial ofrecida claramente no tenía la aptitud para desvanecer las infracciones a la normativa ambiental sustentadas en estudios científicos emanados de los órganos competentes”⁶¹.

Sin perjuicio de lo anterior, considera Navarro que el derecho a aportar pruebas:

resulta fundamental en todo proceso, lo que además es reconocido en la propia legislación administrativa, la que autoriza a que los hechos relevantes para la decisión de todo procedimiento se puedan acreditar por cualquier medio de prueba, estando solo autorizado el instructor para rechazar la misma cuando sea manifiestamente improcedente o innecesaria, lo que se consignará en una resolución motivada (artículo 35 de la Ley N° 19.880). Como consecuencia de lo anterior, la autoridad administrativa debe señalar de qué manera –razonando y dando cuenta de los motivos, lo que explicará detalladamente en el expediente administrativo– llegó a la convicción respecto de los hechos, estándole vedado descartar arbitrariamente la prueba ofrecida, bajo sanción de nulidad, lo que además produce la indefensión del imputado⁶².

Agrega Alarcón que las pruebas a rendir serán aquellas:

Que se refieran a cualquier hecho que, de alguna forma, sea tomado en cuenta por el Derecho aplicable en la resolución que haya de dictarse, y ello, a su vez, puede depender de la acusación y la defensa, es decir de

⁵⁹ CORVALÁN 2016, 9.

⁶⁰ REBOLLO et al. 2009, 629-646.

⁶¹ Sentencia CS, Rol N° 9703-2012.

⁶² NAVARRO 2014.

los hechos que hayan introducido como fundamento de sus respectivas pretensiones⁶³.

Es destacable la libertad probatoria que confiere el artículo 35 de la ley de procedimiento administrativo, al ampliar los medios de prueba más allá de los tasados en los artículos 1698 del Código Civil y el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, lo cual permitiría que los interesados en el procedimiento administrativo puedan presentar mayores alternativa de prueba que el ámbito civil e incluso puedan arbitrar pruebas propias del procedimiento penal o infraccional, tales como grabaciones, documentos electrónicos, fotografías, informes técnicos de partes, entre otros.

La amplitud probatoria tiene directa relación con la obligación de apreciar la prueba en conciencia, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica, por cuanto, la apreciación de la prueba conforme a las máximas de la lógica, de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, obliga a la Administración no solo a apreciar la prueba predatada durante la fiscalización administrativa y asignarle el valor asignado por el legislador, sino que también obliga a la Administración admitir cualquier medio de prueba ajustado a derecho y atribuirle el valor probatorio que en conciencia corresponda, excluyendo las reglas de prueba tasada.

6. Valoración de la prueba

a. Sistema de apreciación de la prueba en el procedimiento administrativo

En lo que respecta a la forma como se valorará la prueba en el procedimiento administrativo, el artículo 35 de la Ley N° 19.880 dispone que la prueba deberá apreciarse en conciencia⁶⁴, lo que no libera a la Administración de fundar su decisión, puesto que el artículo 11 de la Ley N° 19.880 la obliga a exponer en forma clara y precisa los hechos y fundamentos de derecho respecto de aquellos actos que limiten, restrinjan, priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de un derecho o que se pronuncie sobre un recurso administrativo⁶⁵. En efecto, dicha obligación se encuentra ratificada por el texto del artículo 41, cuando dispone que “las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada, esto es, motivadas”.

Parte de la doctrina ha considerado que la expresión de valorar la prueba “en conciencia” hace en realidad referencia al sistema de la sana crítica, ya que

⁶³ ALARCÓN 2007, 315.

⁶⁴ Se ha discutido en doctrina si la expresión “en conciencia” que utiliza el legislador puede equipararse a la obligación de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En este punto existen dos posiciones. Algunos autores consideran que se trataría de un mismo sistema de valoración, ya que ambos se basan en la convicción del juez. Otros consideran que nos encontramos frente a sistemas de valoración distinto, ya que plantea CÁRDENAS 2010, 78, que “la apreciación de la prueba en conciencia a diferencia de la sana crítica el juez actúa conforme a su conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, concepto de valor que, aunque constreñido a los antecedentes del proceso, solamente él lo toma en cuenta”.

⁶⁵ LARROUCAU 2012, 783-808.

en atención al principio de la discrecionalidad técnica el órgano administrativo está llamado a resolver necesariamente en virtud de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente avanzados. Couture ha dicho a este respecto que la “sana crítica” conforma un estándar jurídico cuya proyección abarca a todos los medios de prueba y hacia otros campos de la teoría de la prueba, y que “su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares”⁶⁶.

Las llamadas máximas de experiencia Couture las define como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”⁶⁷. Agrega Alcalá-Zamora y Castillo la sana crítica “debe exteriorizar un juicio razonado que indique, por qué motivos se acepta o rechaza, en todo o en parte, una opinión expuesta, mas sin que oscile de la sumisión ciega a la desconfianza infundada”⁶⁸.

En el mismo sentido, opina Juan Montero Aroca para quien las reglas de la sana crítica son máximas que “no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados”⁶⁹.

La doctrina administrativista, considera que se trata de sistemas distintos en que la diferencia radica en que apreciada la prueba en conciencia:

la Administración deberá expresar los motivos por los cuales adopta tal o cual decisión, sin necesariamente utilizar para ello las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados, sino únicamente expresar las circunstancias por las cuales resuelve de determinada manera el caso en cuestión, de manera racional y fundada⁷⁰.

La Corte Suprema ratifica este criterio cuando señala que “sistema de apreciación en conciencia, en que se requiere que el medio probatorio produzca certeza en la esfera íntima del juez y este exprese tales circunstancias”⁷¹.

Sea cual sea la opción por la cual uno pudiera optar, creemos que la apreciación que realiza el órgano administrativo debe sujetarse a lo que se ha denominado como discrecionalidad técnica, entendida como la “apreciación

⁶⁶ COUTURE 1979, 226.

⁶⁷ COUTURE 1966, 192.

⁶⁸ ALCALÁ-ZAMORA 1936, 165.

⁶⁹ MONTERO 1996, 343.

⁷⁰ ISENSEE 2016, 91.

⁷¹ Sentencia CS, Rol N° 9099-2014 (2015).

que ha de efectuar la Administración en la aplicación de conceptos jurídicos de carácter técnico⁷², en que la valoración de la prueba debe hacerse estrictamente en base a la realidad fáctica y no a la existencia de otras consideraciones, a fin de otorgar medios de control intersubjetivos de esas decisiones y cuyo acceso a esa verdad (certeza) se ha ajustado a un procedimiento reglado y a pautas y guías lógicas y de experiencia⁷³.

De esta manera, la valoración de la prueba aportada no es totalmente libre ni discrecional, sino que está rodeada de parámetros que la autoridad administrativa tiene la obligación de cumplir para no caer en la arbitrariedad. Debe efectuar una verificación razonada de la prueba al momento de valorarla debiendo llegar a la verdad a través de los hechos probados en el expediente. Agrega González Pérez que "Si la Administración no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por los interesados y no se hubiese practicado prueba convincente para demostrar la inexactitud de aquéllos, deberá soportar los efectos desfavorables de la falta de la actividad probatoria"⁷⁴.

Concordamos con González cuando señala que:

el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar; sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos a los dos primeros referentes [máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados]. Si no lo respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica⁷⁵.

En ciertos procedimientos sancionatorios, se ha establecido que el estándar probatorio debería considerar una valoración más allá de una duda razonable, previsto para los procedimientos penales, y que vendría a ser una manera distinta de valorar el material probatorio restringiendo la libertad que implica la valoración en conciencia, favoreciendo al administrado en caso de duda, puesto que en el entender de Taruffo, se aplica cuando "una hipótesis de hecho resulta probada cuando sea más probable que cualquier hipótesis alternativa sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte "más probable que no"⁷⁶. En un sentido similar, Letelier señal que la prueba en materia de sanciones administrativas –en tanto técnica de enforcement de prima ratio– debe cumplir de manera general con el estándar de prueba preponderante, es decir, debe ser capaz

⁷² DESDENTADO 1997, 38-39. No existe en todo caso consenso en este punto. Algunos autores privilegian y prefieren la denominación de "valoración técnica", porque consideran que no deben equipararse los conceptos de discrecional contencioso en el procedimiento administrativo. Vid. en este punto, FERNÁNDEZ 2015, 211-227

⁷³ MORELLO 1998, 108.

⁷⁴ GONZÁLEZ 2004, 323. En sentido similar Diez y Hutchinson 1980, 488, respecto al principio general de apreciación de la prueba: "En caso de duda, debe estarse siempre a favor del administrado".

⁷⁵ GONZÁLEZ 2006, 100.

⁷⁶ TARUFFO 2008, 138.

de generar una probabilidad simplemente mayor de que los hechos de la infracción ocurrieron⁷⁷.

b. Apreciación comparativa de los medios de prueba y su relación con las actas de inspección en los procedimientos administrativos sancionatorios

Para alcanzar una decisión en el procedimiento, el órgano competente decide según su propia convicción, valorando todas las pruebas en conjunto de modo fundado, ya que el justiciable tiene derecho a obtener de los órganos administrativos “una respuesta razonable, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos”⁷⁸.

La apreciación conjunta de los medios de prueba es consecuencia de la libertad que posee el órgano administrativo en lo que respecta a la valoración de la prueba rendida, ya que primero, procederá a analizar individualmente cada prueba aportada al proceso, y luego lo hará en su conjunto, lo que le permitirá una visión completa de la realidad de los hechos investigados, respecto de los cuales deba ejercer su potestad pública.

Como se ha señalado, un medio de prueba relevante en el procedimiento administrativo chileno se encuentra constituido por el acta de fiscalización, que es un documento emitido por un órgano fiscalizador que recopila el resultado de las actuaciones de comprobación o investigación, declarándose así la conformidad o disconformidad de la actividad inspeccionada en relación con la normativa que la rige⁷⁹.

De esta manera, y siguiendo a Flores:

su exigencia transversal queda reflejada expresamente –en términos precisos– en el artículo 156 del Código Sanitario, el cual dispone que las actuaciones de inspección realizadas por un ministro de fe deben concretarse en un acta de fiscalización. En otros casos el legislador omite el levantamiento de un acta, señalando solo que los hechos constatados por el ministro de fe constituirán presunción de legalidad, como es el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente (art. 8 de la Ley N° 20.417), la Superintendencia de Electricidad y Combustible (art. 3 D, de la Ley N° 18.410) y la Superintendencia de Servicios Sanitarios (art. 11 A, de la Ley N° 18.902)⁸⁰.

La presunción de veracidad, consecuencia de la presunción de legalidad, permite asumir que los hechos fiscalizados son ciertos, lo que encuentra su justificación en la existencia de una actividad objetiva de comprobación realizada por funcionarios especializados de los órganos de la Administra-

⁷⁷ Letelier 2018, 227. Rodríguez de Santiago 2016, 47.

⁷⁸ ETO 2011, 294.

⁷⁹ FERNÁNDEZ 2002, 442.

⁸⁰ FLORES 2017.

ción, en aras del interés público y con garantías encaminadas a asegurar la necesaria imparcialidad, siendo necesario prueba en contrario para desvirtuar dichas afirmaciones.

Junto con la presunción de veracidad, la doctrina ha entendido que estas actas gozan también de una presunción de legalidad que debe ser interpretada:

como una ficción jurídica cuya función o propósito no es más que amparar la realización del interés general y garantizar la eficacia del funcionamiento de la Administración y la consecuente ejecución del acto administrativo, no el servir de mecanismo para facilitar su prueba en juicio⁸¹.

En este sentido se pronuncia también Flores, para quien resulta técnicamente incorrecto calificar este tipo de previsiones legales como “presunciones”, desde el momento en que no es una norma que se establezca para facilitar la prueba de un hecho a través de la acreditación de otro hecho distinto, sino una regla que pretende atribuir a estos documentos de inspección un determinado valor probatorio.

En ciertas ocasiones, el legislador les atribuye a las actas de inspección expresamente la presunción de veracidad, invirtiendo la carga probatoria. Ello se puede apreciar en las actas emitidas por la SEC, que en virtud del art. 3, letra D, de la Ley N° 18.410 y el art. 11 A de la Ley N° 18.902, de la ley orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, disponen que los hechos establecidos constituirán una presunción legal⁸².

Por otro lado, el valor probatorio de las actas elaboradas por los funcionarios alcanza solo a los hechos comprobados por el funcionario, así como a los hechos inmediatamente deducibles de los constatados directamente, así como a los que se acrediten por medio de pruebas que constan en el acta⁸³.

Además, coincidimos con Gómez Tomillo cuando señala que las actas y diligencias efectuadas por funcionarios públicos constituyen medios probatorios siempre y cuando versen sobre lo que el funcionario está constatando objetivamente en ejercicio de sus funciones, siendo un primer medio de prueba que excluye toda valoración subjetiva que se pueda realizar sobre lo constatado por cuanto dicha valoración corresponde realizar a la autoridad que instruye y sanciona en el procedimiento⁸⁴.

En definitiva, y como señala Vega, las actas de inspección constituyen:

una prueba documental privilegiada, en tanto se otorga legalmente al contenido de determinados documentos la virtualidad de fundamentar por sí solos una resolución administrativa sancionadora, siempre que

⁸¹ HUNTER 2016, 218.

⁸² Cfr. FLORES 2017. Vid., FLORES, 2014, 279.

⁸³ En este sentido, cfr. JARA Y MATORANA 2009, 19.

⁸⁴ GÓMEZ Y SANZ 2010, 819.

dicho contenido no sea desvirtuado por otras pruebas de signo contrario cuya proposición y práctica constituyen una carga del presunto responsable⁸⁵.

En consecuencia, considera el mismo autor que los hechos que constatan las actas y diligencias, al igual que los consignados en cualquier otra prueba, "habrán de medirse a la luz del principio de libre valoración de la prueba"⁸⁶ ya que constituyen un medio probatorio más entre los distintos medios de prueba que podrán aportarse en un procedimiento de esta naturaleza⁸⁷.

Conclusiones

1) El debido proceso y el derecho de defensa es una garantía constitucional que encuentra plena consagración en el procedimiento administrativo contemplado en la ley 19.880 y en los procedimientos administrativos particulares, especialmente los de carácter sancionatorio.

2) Por lo anterior, constituye un deber para la Administración el garantizar el derecho a la prueba del interesado, lo que la coloca en la necesidad de abrir un término probatorio aún en procedimientos que no sean de tipo sancionatorio, por cuanto los contenciosos administrativos especiales de reclamación, generalmente, no regulan una instancia probatoria.

3) Dejar la apertura de un término probatorio a la discrecionalidad de la administración podría provocar la indefensión del administrado, especialmente si consideramos que el órgano administrativo goza de prueba preconstituida mediante de las actas de inspección.

4) En lo que respecta a la valoración de la prueba, y sin perjuicio de la expresión "en conciencia" que utiliza el legislador, creemos que dicha apreciación debe ajustarse a un sistema de sana crítica en donde predominen los criterios técnicos, y en donde la apreciación conjunta de los medios de prueba no debe privilegiar las inspecciones o fiscalizaciones que efectúa la administración.

Bibliografía citada

- ACCATINO, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (37), 483-511.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1936). Notas para la reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil *Estudios de Derecho Procesal* (pp.674-741). Civitas.

⁸⁵ VEGA 1998, 226.

⁸⁶ *Ibíd.*, 227. Agregan JARA Y MATURANA, 14 que ello además es posible porque las actas de fiscalización no poseen el carácter de instrumento público, asumiendo los autores que su presunción de validez puede deberse a su carácter de documental.

⁸⁷ Así puede colegirse del texto del artículo 35 de la Ley N° 19.880, que establece expresamente que pueden utilizarse todos los medios de prueba admisibles en Derecho. Lo anterior se ve confirmado también por la doctrina. En este sentido, señala GARCÍA 2006, 229, que las actas son medios de prueba controvertibles que no suponen la inversión de la carga de la prueba.

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007). *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales*. Thomson Reuters.
- ANDRADE VERGARA, M. y DUVAUCHELLE RUEDI, M. (2012). *Sumario Sanitario. Precedentes Administrativos*. Abeledo Perrot.
- ARANCIBIA MATTAR, J. Los puntos de prueba en litigios de impugnación de actos administrativos. En: J. Arancibia Mattar y A. Romero Seguel (coord.), *La prueba en la litigación pública* (pp. 161-190). Librotecnia.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- BREWER-CARIÁS, A. (2009). Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental. *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina* (pp. 163-199). Konrad Adenauer Stiftung.
- CÁRDENAS, M. (2010). La motivación de las sentencias como un elemento de la sana crítica y el recurso de casación en el fondo. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, (24), 67-101.
- COLOMA CORREA, R. (2012). ¿Realmente importa la sana crítica? *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), diciembre de 2012, 753-781.
- CONGET MORRAL, J. (2015). La prueba como garantía mínima dentro del debido proceso: Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134942>.
- CORDERO VEGA, L. (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- CORVALÁN, J. G. (2015). Estado de Derecho y poderes discrecionales en Estados Unidos de América. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 20, 5-42.
- CORVALÁN, J. G. (2016). Derechos fundamentales, principios jurídicos y discrecionalidad del poder público. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 22, 5-26.
- COUTURE, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil* (T. II) (3ª ed.). Depalma.
- COUTURE, E. (1966). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma.
- DESIDENTADO D. E. (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad*. Editorial Civitas.
- DIEZ, M. y HUTCHINSON, T. (1980). *Manual de derecho administrativo* (T 2). Plus Ultra.
- DROGHETTI FUENTES, P. y PÉREZ JIMÉNEZ, M. J. (2017). La actividad probatoria en el derecho administrativo sancionador a la luz de la ley de bases de los procedimientos administrativos. Universidad de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151974/La-actividad-probatoria-en-el-derecho-administrativo-sancionador-a-la-luz-de-la-Ley-de-Bases-de-los-Procedimientos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020).
- ETO CRUZ, G. (2011). El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Tribunal Constitucional de Perú.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2002). La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora. Comares.
- FERNÁNDEZ, T. R. (2015). La Discrecionalidad Técnica: Un Viejo Fantasma que se desvanece. *Revista de Administración Pública*, (196), enero-abril, 211-227.
- FIX ZAMUDIO, H. (2005). Concepto y contenido de la justicia administrativa. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/9.pdf>
- FLORES RIVAS, J. C. (2017). Actas de inspección y su valor probatorio en el derecho administrativo. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=906120&Path=/0D/D3/>
- FLORES RIVAS, J. C. (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En J. Arancibia Mattar y P. Alarcón Jaña (Coord.), *Sanciones Administrativas X jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 263-281). Thomson Reuters.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas.
- GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁZQUEZ, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 11(2), 229-282.

- GARCÍA URETA, A. (2006). La potestad inspectora de las Administraciones Públicas. Marcial Pons.
- GÓMEZ, M. y SANZ, I. (2010). *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría y práctica del derecho penal administrativo*. Aranzadi.
- GONZÁLEZ CASTILLO, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 93-107.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2000). *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas.
- HUNTER AMPUERO, I. (2016). Es la presunción de legalidad de los actos administrativos una regla de carga de la prueba. En J. ARANCIBIA MATTAR y A. ROMERO SEGUEL (coord.), *La prueba en la litigación pública*, (pp. 211-232). Librotecnia.
- ISENSEE, Carlos (2016). Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. *Revista de Derecho Público*, 84(1), 85-97.
- JARA SCHNETTLER, J. y MATURANA MIQUEL, C. (2009). Acta de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* (3), 1-29.
- LARROUCAU TORRES, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808.
- LETELIER WARTENBERG, R. (2018). El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), 209-229.
- LETELIER WARTENBERG, R. (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 34, 65-83.
- MATURANA MIQUEL, C. (2012). Plazos, actuaciones judiciales, notificaciones, resoluciones judiciales y el juicio ordinario conteniendo la teoría general de la prueba. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- MATURANA MIQUEL, C. (2014). Los principios en el derecho administrativo sancionador y la sanción a la infracción de ellos dentro de un debido proceso en general y su relación particular con un procedimiento seguido por la SVS. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/informes-de-derecho>.
- MONTERO AROCA, J. (1996). *La Prueba en el Proceso Civil*. Civitas.
- MORELLO, A. (1998). *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*. Abeledo-Perrot.
- NAVARRO BELTRÁN, E. (2014). El derecho a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=903558&Path=/0D/C9/>.
- NIETO GARCÍA, A. (2002). *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos.
- OELCKERS CAMUS, O. (1999). El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. Especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*, 271-281.
- OSORIO VARGAS, C. (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general* (2ª ed). Thomson Reuters.
- PAREJO ALFONSO, L. (2010). *Lecciones de Derecho Administrativo* (3ª ed.). Tirant lo Blanch.
- POBLETE ITURRATE, O. (2016). Procedimiento administrativo sancionador y enjuiciamiento posterior de la Administración. En J. ARANCIBIA MATTAR y A. ROMERO SEGUEL (coord.), *La prueba en la litigación pública* (pp. 15-83). Librotecnia.
- RIVERO ORTEGA, R. (2000). El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Tecnos.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2016). Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. Marcial Pons.
- ROJAS FRANCO, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho PUCP*, (67), 177-188.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. L.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A. (2009). *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova.
- ROMÁN CORDERO, C. (2000). El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Público*, 71, 183-214.
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba. Artículos y conferencias*. Editorial Marcial Pons.
- VALDIVIA, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.

- VEGA BORREGO, F. (1998). El valor probatorio de las actas y diligencias de la inspección de los tributos en el orden jurisdiccional administrativo y penal. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 11, 223-245.
- VERGARA BLANCO, A. (2011). Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. En J. ARANCIBIA MATTAR y ROMERO SEGUEL, A. (coord.), *Litigación Pública* (pp. 37-63). Librotecnia.
- VERGARA SOTO, A. (2020). Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 32, 145-165.
- ZÚÑIGA URBINA, F. y OSORIO VARGAS, C. (2016). Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 14, (2), 461-478.

Normativa citada

- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 29 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.
- Ley N° 19.913 de 2003. Crea La Unidad De Análisis Financiero Y Modifica Diversas Disposiciones En Materia De Lavado Y Blanqueo De Activos. 18 de diciembre de 2003. D.O. N° 37.738.
- Ley N° 18.092 de 1982. Dicta Nuevas Normas Sobre Letra De Cambio Y Pagare Y Deroga Disposiciones Del Código De Comercio. 14 de enero de 1982. D.O. N° 31.165.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea La Superintendencia De Electricidad y Combustibles. 22 de mayo de 1985. D.O. N° 32.176.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea El Ministerio, el Servicio De Evaluación Ambiental y La Superintendencia Del Medio Ambiente. 26 de enero de 2010. D.O. N° 39.570.
- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 23 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.446.
- Decreto N° 3500 de 1980. Establece nuevo sistema de pensiones. 13 de noviembre de 1980. D.O. N° 30.814.

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 1130; 7 de octubre 2008.
- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 1448; 7 de septiembre 2010.
- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 1411; 7 de septiembre 2010.
- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 1838; 7 de julio 2011.
- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 1718; 14 de junio 2011.
- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 2682; 13 de agosto 2014.
- Tribunal Constitucional. Sala. Rol N° 8823; 21 de diciembre 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.348; 30 de agosto 2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.237; 22 de abril 2016.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 9703-2012; 20 de agosto 2013.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 1827-2014; 13 de julio 2015.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 2267-2015; 14 de enero 2016.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 7441-2016; 19 de abril de 2016.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 23714-2016; 26 de abril de 2016.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 62128-2016; 9 de mayo 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 31870-2017; 18 de agosto 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 24679-2020; 10 de diciembre de 2020.

El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. Análisis de sus principales problemas a nivel jurisprudencial

Urban planning licenses in general administrative law.
Analysis of its main problems in jurisprudence

Eduardo Cordero Quinzacara*

Esta investigación tiene por objeto analizar como el permiso de construcción en Chile se ha insertado dentro de las instituciones y categorías del Derecho administrativo, a partir de la legislación positiva y una jurisprudencia administrativa y judicial que ha reforzado una visión del Derecho urbanístico como una disciplina que pertenece a dicha rama del derecho. Por su parte, también se demuestra como dicha institución ha sido una de las principales categorías de análisis que ha permitido fortalecer el Derecho administrativo general y aportar conclusiones que se proyectan en diversos ámbitos de esta disciplina,

This research aims to analyze the urban planning license in Chile and the way it has been incorporated into the institutions and concepts of administrative law, considering positive legislation and jurisprudence from a vision of urban law. In addition, it is shown how this license constitutes one of the main categories of analysis to strengthen general administrative law and provide conclusions that are projected in various areas of this discipline, such as the existence of rights that have their source in legal-administrative titles, the effects of the invalidation, the extinction for the

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho y Máster en Política Territorial y Urbanística, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: eduardo.cordero@pucv.cl. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Este trabajo es parte de dos proyectos de investigación financiados por FONDECYT sobre "La potestad de autorización administrativa: fundamentos dogmáticos, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno", N° 118159, en el que el autor es coinvestigador, y el proyecto "Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa" N° 1201868, en la cual es investigador responsable.

Artículo recibido el 26 de marzo de 2021 y aceptado el 12 de junio de 2021.

como es la existencia de derechos que tienen su fuente en títulos jurídico-administrativos, los efectos de la invalidación, la institución de la caducidad y los mecanismos de impugnación.

term and the judicial and administrative actions.

Keywords: Urban planning licenses, Construction, Urbanism.

Palabras claves: Permiso, Construcción, Urbanismo.

Introducción

La posibilidad de construir una disciplina jurídica está sujeta a la existencia determinadas instituciones que permitan crear un sistema que tiene elementos de identidad respecto de otras, aunque aquello no signifique necesariamente su total autonomía, ya sea porque se debe trabajar sobre el mismo dato positivo o, en su caso, porque hay instituciones, conceptos y categorías que están consolidadas y que deben ser aceptados como un elemento que condiciona y colabora en toda construcción dogmática. No obstante, aquello no obsta que desde la especialidad de cada disciplina se pueda plantear una revisión de estas categorías y conceptos generales que se han ido asentando con el tiempo.

Esto es lo que ha ocurrido en la relación entre el Derecho administrativo general y el Derecho urbanístico. Ambas son disciplinas que se fueron construyendo de forma independiente en nuestro ordenamiento, pero que de forma paulatina han llegado a un punto de confluencia en donde el análisis y revisión de las instituciones urbanísticas ha significado un importante aporte respecto de los planteamientos de los conceptos jurídico-administrativos de la parte general¹. Así, se produce un proceso de "ida y retorno", que permite el estudio de las instituciones del Derecho urbanístico con los instrumentos del Derecho administrativo general (método deductivo), para luego plantear una revisión desde lo particular a lo general (método inductivo), con un fuerte componente propio de la tópica, que lleva a que el razonamiento jurídico no sea meramente deductivo y que el derecho se configure como un sistema abierto, en la medida que los conceptos jurídicos están en constante construcción a partir de los casos².

Este planteamiento es que el que se quiere demostrar a partir de la revisión de una de las instituciones centrales del Derecho urbanístico, como es la autorización o la licencia urbanística, y que en nuestra legislación se le denomina "permiso de construcción"³. En tal sentido, nuestra hipótesis de trabajo

¹ CORDERO 2015, 92-138.

² ATIENZA 2005, 31.

³ Este concepto es de carácter general, pues comprende todas las obras de edificación y urbanización. Por lo tanto, los permisos de edificación o de urbanización son una especie del permiso de construcción, tal como se desprende del artículo 116 de la LGUC y de los artículos 1.4.1, 1.4.15 y 1.4.20 de la OGUC. En el mismo sentido, RAJEVIC 2004, 185.

es que el permiso de construcción en Chile se ha insertado dentro de las instituciones y categorías del Derecho administrativo, a partir de una legislación positiva y una jurisprudencia administrativa y judicial que ha reforzado una visión del Derecho urbanístico como una disciplina que pertenece a dicha rama del derecho. Por su parte, también ha constituido una de las principales categorías de análisis que ha permitido fortalecer el Derecho administrativo general y aportar conclusiones que se proyectan en diversos ámbitos de esta disciplina, a partir de casos concretos que, siendo semejantes, permiten proyectar una regla de derecho no solo para las soluciones futuras, sino también para la parte general de la disciplina, como se intentará demostrar en este trabajo.

I. El permiso de construcción desde el Derecho administrativo general

El permiso de construcción constituye una de las instituciones centrales del Derecho urbanístico, pues representa el punto de encuentro entre las decisiones de política pública en materia de ordenación del territorio, a través de los instrumentos de planificación, y el ejercicio del *ius aedificandi* que se ejerce una vez que se ha determinado el contenido material del derecho de propiedad⁴. En buena medida, el régimen urbanístico de la propiedad se materializa a través de un control previo de la autoridad que cumple con todas las características propias de las técnicas de la autorización, mediante la cual se levanta una prohibición general para edificar, aunque sujeto a un marco regulatorio en los términos previstos en el permiso de construcción o la licencia urbanística.

La introducción de esta institución en nuestro ordenamiento ha sido de forma paulatina a partir de la última parte del siglo XIX, hasta que se consolida en la legislación municipal de 1915 y, luego, con la primera ley general de construcciones y urbanización de 1931⁵. Sin embargo, desde el punto dog-

⁴ Este contenido que es determinado por la autoridad no solo establece la edificabilidad y el uso del suelo, sino también su proyección en el plano vertical y horizontal a través de diversas normas sobre alturas, coeficiente de ocupación o distanciamientos, entre otras. Véase PAREJO 1996, 387-402.

⁵ En los albores de nuestra legislación urbanística de origen decimonónico, se establece por primera vez un control previo en la edificación que consistía en la aprobación municipal de los planos y especificaciones conforme a la "Lei sobre Transformación de la ciudad de Valparaíso" de 11 de diciembre de 1876 (artículo 11). Aquello se consolida con la "Lei N° 2.203", de 7 de septiembre de 1909, que fija las disposiciones a que deberá sujetarse la construcción de edificios, apertura, ensanche, unión, prolongación o rectificación de calles de la ciudad de Santiago, estableciendo de forma expresa que "En la ciudad de Santiago nadie podrá edificar sin que previamente la autoridad municipal haya fijado la línea de la vía pública correspondiente al exterior del edificio" (artículo 6), lo que posteriormente se replica en la "Lei N° 2.196 de 17 de setiembre de 1909, sobre la Transformación de la ciudad de Talca" para edificar y reconstruir edificios en los costados de las calles, plazas y otros bienes nacionales de uso público (artículos 1 y 5); en la "Lei N° 2.297 de 9 de marzo de 1910, sobre la Transformación i reconstrucción de la ciudad de Valdivia" (artículo 6), y la "Lei número 2.658 de 13 de junio de 1912, sobre la Construcción de edificios i la apertura, ensanche, unión, prolongación o rectificación de calles, avenidas i plazas en la ciudad de Concepción" (artículos 3, 4 y 20). Con carácter general, fue establecida en la Ley

mático su tratamiento no fue asumido a partir de los conceptos del Derecho administrativo general, hasta que lentamente se produce un proceso de integración, iniciado por la jurisprudencia administrativa y que luego se consolida con la entrada en vigor de la Ley N° 19.880, sobre base de los procedimientos que rigen a los órganos de la Administración del Estado, de 2003 (LBPA), que permite insertar las instituciones propias del Derecho y la legislación urbanística con la legislación administrativa general, unida a los conceptos y categorías desarrolladas por la dogmática y la jurisprudencia. Así, los principales problemas del Derecho urbanístico comienzan a ser tratados por la jurisprudencia desde la lógica del Derecho administrativo.

Ahora bien, en dicho contexto el permiso de construcción es estudiado conforme a las categorías y distinciones realizadas desde la parte general del Derecho administrativo, particularmente en una doble perspectiva: Desde un punto de vista formal, se le considera dentro de las actuaciones que producen efectos jurídicos, dentro de las cuales destaca el acto administrativo; mientras que, desde un punto de vista substancial, se atiende al tipo de actividad o función que cumplan los servicios públicos, en la cual se inserta la técnica de la autorización⁶.

En la actualidad no se discute que el permiso de construcción constituye un acto administrativo, pues reúne todos los elementos propios de este tipo de actuaciones. Así, por lo demás, lo había reconocido la jurisprudencia⁷ y

N° 2.960, de 23 de enero de 1915, que reforma la Ley Orgánica de Municipalidades, disponiendo que "No se podrá proceder a la formación de nuevos barrios dentro de los límites urbanos de las ciudades, por medio de la división de propiedades i de su venta en sitios, sin que los interesados hayan sometido previamente a la aprobación de la Municipalidad el plano respectivo, en el cual se determinará la ubicación i dimensiones de las vías i plazas que se propongan formar" (artículos 25 N° 1). Posteriormente se recogerá dicha regla en la Ley N° 4.563, de 14 de febrero de 1929, sobre construcciones antisísmicas, antecedente directo de nuestra Ley General de Urbanismos y Construcciones, estableciendo el permiso municipal previo para poder construir en las localidades de más de 5.000 habitantes. Se establece que nadie puede "construir, reconstruir ni efectuar reparaciones o transformaciones de importancia, sin permiso de la autoridad comunal [...] en las grandes construcciones o en las de naturaleza especial, la autoridad local podrá exigir que, junto con los planos y especificaciones, se le presenten los cálculos de estabilidad". Por último, la Ley General sobre Construcciones y Urbanización aprobada mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 4.882, de 6 de febrero de 1936, establece sin distinción que "No se podrá construir, reconstruir, ni efectuar reparaciones en un edificio, sin permiso de la Dirección de Obras Municipales" (artículo 8°). Si bien su texto original fue aprobado por el DFL N° 345, de 30 de mayo de 1931, se prorrogó su entrada en vigencia hasta el 6 de febrero de 1936. Véase CORDERO 2017, 127-152.

⁶ Esta es una distinción tradicional adoptada por el Derecho administrativo, en la cual se distingue entre aquella actuación que está destinada a producir efectos jurídicos de forma inmediata o directa, en relación con aquella que atiende al contenido de la actuación o en relación con la función que se debe cumplir. Desde el punto de vista forma, se distingue la actividad unilateral y la actividad contractual. Por su parte, desde el punto de vista sustancial se distingue entre actividad de policía u ordenación, actividad de servicio público y actividad de fomento. Véase SANTA-MARÍA 2016, 285-288; PAREJO 2020, 545-548. En Chile, CAMACHO 2010.

⁷ Entre otros, Dictámenes N°s 12868, de 1981; 25310, de 2000; 27132, de 2001; 31636, de 2001; 34252, de 2001; 35624, de 2001 y 12272, de 2002.

la doctrina⁸, lo que se ha visto reforzado con la LBPA⁹. De esta forma, se entiende que son decisiones formales¹⁰ que emiten los órganos de la Administración del Estado¹¹ en las cuales se contienen declaraciones de voluntad¹², realizadas en el ejercicio de una potestad pública¹³.

Por su parte, desde una *perspectiva substancial*, el permiso de construcción constituye un acto de autorización que tiene por objeto remover una prohibición general para construir, sujeto a un control previo de la autoridad

⁸ VALENZUELA 1991-1992, 97.

⁹ RAJEVIC 2004, 183-208. Por tal razón, la Contraloría ha señalado que aquello es concordante con lo dispuesto en dicho cuerpo legal en su artículo 3°. Dictamen N° 48334, de 2008.

¹⁰ El permiso de construcción adopta la forma de resolución, ya sea que la emita la DOM o las SEREMI. Debemos recordar que el artículo 3° de la LBPA dispone que, a diferencia de los decretos supremos que emite el Presidente de la República o los Ministros "Por orden del Presidente", las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

¹¹ Por regla general, los permisos de construcción son emitidos por los Directores de Obras Municipales (DOM), como órgano que forma parte de la Municipalidad. Por excepción, y en el caso que la Municipalidad no cuente con Director de Obras Municipales, los permisos serán otorgados por la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo. Véase Artículo 11 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC). Debemos tener presente que las municipalidades correspondientes a comunas con una población inferior a cien mil habitantes no tienen la obligación de contar con una unidad de obras municipales (Artículos 15 y 16 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). Por lo tanto, en el caso en que esta exista pero que no cuente con un titular en ejercicio, corresponde aplicar las reglas de subrogación prevista en el Estatuto Municipal (Artículos 76 a 81 de la Ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales. En el mismo sentido se pueden consultar los Dictámenes N°s 35.046, de 2001; 7.308, de 2002; 80.449, de 2012; y 21.213, de 2015). Así, solo una vez que han operado sin resultado las normas de subrogación, las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo (SEREMI) pueden actuar en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenido en el DFL N° 458, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (LGUC), otorgando los permisos correspondientes.

¹² En este caso la declaración consiste en conceder el permiso o la autorización requerida. Para este efecto se establecen dos condiciones: a) Que, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas, y b) El pago de los derechos municipales que procedan. Véase Artículo 116 inciso 3°, de la LGUC.

¹³ De acuerdo con la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, dentro de las funciones privativas de las municipalidades se comprende la aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo (Artículo 3 letra e) LOCM). En tal sentido, se encomienda a la unidad encargada de obras municipales velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LGUC, del plan regulador comunal y de las ordenanzas correspondientes, gozando para tal efecto de las atribuciones específicas de aprobar las subdivisiones de predios urbanos y urbano-rurales; dar aprobación a los proyectos de obras de urbanización y de construcción; otorgar los permisos de edificación de las obras señaladas; fiscalizar la ejecución de dichas obras hasta el momento de su recepción, y recibir las obras y autorizar su uso (Artículo 24 letra a) LOCM). Esto además está en concordancia con lo dispuesto en la LGUC, que establece que la construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales (Artículo 116 LGUC).

administrativa¹⁴. Desde una visión tradicional, la autorización administrativa supone varios elementos concurrentes: a) la existencia de un derecho preexistente y configurado por el ordenamiento jurídico; b) la prohibición y condicionamiento para el ejercicio de dicho derecho a la voluntad de un órgano de la Administración a través de un acto administrativo formal; c) la ilicitud y/o ilegalidad en el ejercicio del derecho por parte de su titular mientras no cuente con dicho pronunciamiento por parte de la Administración; d) la comprobación previa por parte de la Administración del cumplimiento de las condiciones legales que permitan el ejercicio del derecho, y e) la remoción de la prohibición en el caso que se cumplan con dichas condiciones, permitiendo y haciendo lícito el ejercicio del derecho¹⁵.

Ahora bien, la introducción de esta técnica de intervención tiene lugar respecto de aquellas actividades en las cuales existe un interés público comprometido y que exige adoptar por parte de los órganos estatales los mayores resguardos para permitir las, aunque sujetas a una mayor supervigilancia y control durante su desarrollo. Si bien la doctrina ha discutido los presupuestos de la autorización administrativa, ya que no siempre es posible encontrar un derecho subjetivo configurado de forma precisa, y muchas veces lo que existe es el ejercicio de una libertad económica o empresarial¹⁶, en materia urbanística ocurre exactamente lo contrario. En efecto, los márgenes de discrecionalidad con que cuenta la autoridad urbanística en el marco de la planificación urbana caen abruptamente cuando se trata de la autorización de actuaciones concretas en el territorio. En este caso, los instrumentos de planificación territorial han materializado la potestad de planificación de forma normativa, de manera que los propietarios pueden determinar con precisión cuáles son sus facultades para edificar y usar el espacio. Sin embargo, las posibilidades de patrimonializar efectivamente dichas facultades quedan sujetas a un control previo que tiene por finalidad comprobar que el proyecto o actividad a realizar se conforma con dichas previsiones normativas. La planificación urbana pre configura el derecho y la autorización administrativa, bajo la forma de un permiso de edificación, habilita para su ejercicio.

¹⁴ Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO 1981, 648 y PARADA 2013, 418. El permiso de construcción o licencia urbanística no se ha asimilado a un acto concesional, considerando que en este caso no se crea un derecho *ex novo*, sino que se permite ejercer el derecho de propiedad cuyo contenido material está preconfigurado por el ordenamiento, particularmente por los instrumentos de planificación territorial. Véase GARRIDO FALLA 2002, 175-179; GARRIDO FALLA 1959, 25-20; SANTAMARÍA 2016, 305-311. En todo caso, el concepto tradicional de autorización formulado por Otto Mayer y Ranelletti en muchos casos no logra establecer una clara distinción con las concesiones. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008b, 135-137, pero existen algunos elementos básicos que, en el caso del permiso, permiten sostener su carácter de autorización, como es la existencia de una prohibición general previa que opera sobre la actividad de los particulares, propio de la vieja actividad de policía, la cual dio origen en el siglo XIX a la policía urbana. Ver CORDERO 2015, 128-130. A diferencia de lo que sucede con la concesión, que supone una *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos. VERGARA 1992, 283.

¹⁵ GARRIDO FALLA 2002, 175-179; GARRIDO FALLA 1959, 25-20; SANTAMARÍA 2016, 305-311.

¹⁶ SANTAMARÍA 2016, 307.

En tal sentido, algunos autores ponen el acento en esta perspectiva para definir el permiso de edificación como “un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular un propietario, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes”¹⁷.

En el caso particular de nuestro país, la doctrina ha dado algunas definiciones bastante descriptivas y muy apegadas al texto legal, sosteniendo que el permiso de construcción es:

“el acto jurídico municipal, que consiste en una autorización administrativa previa y obligatoria, para quien pretende construir, reconstruir, reparar, alterar, ampliar o demoler edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, la cual es otorgada por el Director de Obras Municipales competente, luego de haber certificado que el proyecto respectivo cumple con las normas del Plano Regulador, la Ley General de Urbanismo y Construcción y la Ordenanza General respectiva, teniendo en cuenta el terreno sobre el cual se va a ejecutar la construcción, respecto del terreno en que se va a ejecutar y sin perjuicio de las excepciones legales”¹⁸.

Aunque posteriormente se ha asumido una posición dogmática tradicional de comprenderla como:

“un acto administrativo mediante el cual el D.O.M. (sic) competente autoriza al propietario de un terreno para urbanizarlo y/o construirlo por estar su proyecto ajustado a la normativa urbanística aplicable a este tipo de obras. Este reconocimiento da forma a un derecho preexistente, incorporándose al patrimonio del peticionario, como derecho adquirido”¹⁹.

En una línea similar, vamos a señalar que el permiso de construcción es un acto administrativo de autorización otorgado por la autoridad competente y que tiene por objeto comprobar de forma previa que un proyecto de edificación o uso del suelo se conforma con la normativa urbanística, incorporando en el patrimonio del titular dichas facultades, sujeto a la condición de ejercerlas dentro de un cierto plazo.

II. El Marco regulatorio del permiso de construcción

Como hemos señalado, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que el permiso de construcción es un acto administrativo, lo que tiene como con-

¹⁷ PARADA 2013, 418.

¹⁸ VALENZUELA 1989, 7. En una publicación posterior la define en términos más amplios como un acto municipal consistente en una autorización previa y obligatoria para todo “aquel que pretende erigir una obra, y que se otorga una vez verificado que el proyecto cumple con las normas del Plano Regulador, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza General respectiva, teniendo en cuenta el terreno sobre el cual se va a ejecutar la construcción”, en VALENZUELA 1991-1992, 97-124.

¹⁹ FIGUEROA y FIGUEROA 2016, 224.

secuencia que su marco regulatorio está integrado no solo por las normas urbanísticas, sino también por la legislación administrativa general. Así, es posible reconocer dos niveles normativos que le son aplicables: a) La legislación especial comprendida por la normativa urbanística, esto es, la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC)²⁰, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones²¹, los instrumentos de planificación territorial y la interpretación que de los mismos hacen la Dirección de Desarrollo Urbano (DDU)²² y las SEREMI, y b) La legislación administrativa general, contenida en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, y la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que tiene un carácter supletorio²³.

A su vez, en cuanto acto administrativo resultan también aplicables los conceptos, categorías y elementos que la doctrina y jurisprudencia ha elaborado para su comprensión y análisis. Por tal razón, es posible estudiar estos permisos conforme a las clasificaciones que se hacen de los actos administrativos, los elementos que lo componen y los eventuales vicios o irregularidades que afectan su validez²⁴. En tal sentido, el permiso de construcción se clasifica dentro de las diversas clases y categorías de actos administrativos que formula la doctrina. Así, podemos considerar los siguientes criterios:

a) Desde la perspectiva sustancial o de su contenido, el permiso contiene una declaración de voluntad de un órgano de la Administración. En efecto, en este caso estamos ante una manifestación de una entidad pública que tiene la capacidad de crear una situación jurídica respecto de los destinatarios, permitiéndole la realización de actos que previamente estaban prohibidos y generando en su patrimonio una facultad que viene a engrosar sus atribuciones sobre el derecho de propiedad sobre el suelo.

b) Atendiendo al margen de apreciación que tiene la autoridad, el permiso de edificación debe ser calificado como un acto administrativo reglado, en la medida que todos sus elementos (autoridad, oportunidad, procedimiento, contenido, fin y forma) están previsto por la ley. Así, la entidad competente tiene que resolver sobre la base de un silogismo que puede resultar

²⁰ Decreto con Fuerza de Ley N° 458, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 13 de abril de 1976.

²¹ Decreto Supremo N° 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 5 de junio de 1992.

²² Sobre esta materia la Contraloría General de la República ha sostenido que si el legislador ha radicado en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la Dirección de Desarrollo Urbano, la facultad de impartir instrucciones para la aplicación de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y de su Ordenanza General, no debe desconocerse que dicha atribución comprende la de interpretar la indicada preceptiva, dado que en derecho, si se faculta para impartir instrucciones destinadas a aplicar sobre determinados preceptos, ello importa previamente determinar el alcance o sentido de ellos (Dictámenes N°s 5.888, de 1999; 39.735, de 2000; y 18.447, de 2004).

²³ Entre otros, Dictamen N° 12.305, de 2006.

²⁴ En nuestro país, es el análisis que ha hecho RAJEVIC 2004.

muy simple: si cumple con las condiciones previstas por la ley, se debe otorgar la autorización. En caso contrario, esta debe ser denegada.

c) Es un acto de efectos favorables. Si bien se puede discutir el alcance que tienen los efectos de un acto administrativo, así como lo favorable o desfavorable que este puede ser, no cabe duda de que en este caso el permiso de construcción habilita a su titular para ejercer las facultades urbanísticas conforme a las previsiones del plan, de manera que aumenta su esfera jurídica de actuación. La importancia de esta característica resulta capital al momento de limitar la posibilidad de revocabilidad de los permisos y la restricción de sus efectos en caso de invalidación y buena fe de sus destinatarios, aunque con algunas dudas que se han planteado en la jurisprudencia reciente, como veremos más adelante.

d) Desde el punto de vista procedimental, constituye un acto terminal, que contiene un pronunciamiento de fondo de la Administración respecto de la materia o asunto que ha sido objeto del procedimiento. Esto implica desde el plano formal que siempre debe ser fundado, conteniendo un pronunciamiento respecto todas las cuestiones planteadas por los interesados, debiendo ajustarse a las peticiones formuladas por este²⁵. Además, se trata de un acto que puede ser objeto de impugnación tanto por la vía administrativa y judicial, como veremos más adelante.

III. Algunos problemas del permiso de construcción

El permiso de construcción ha planteado algunos problemas de interés que han puesto en tensión los conceptos generales del Derecho administrativo nacional y que han debido ser resueltos por la jurisprudencia teniendo presente no solo la solución en el ámbito de la regulación urbana, sino que también las categorías generales de esta disciplina. Para estos efectos, hemos seleccionado aquellos aspectos que consideramos más relevantes y que podemos dividir en los siguientes puntos:

1. Los derechos adquiridos que nacen de un permiso de edificación;
2. La relación del permiso de edificación con otros actos administrativos urbanísticos;
3. La ejecutoriedad del permiso;
4. Los efectos de la nulidad de los permisos de construcción;
5. La invalidación de los permisos de construcción;
6. La caducidad del permiso, y
7. Los medios de impugnación.

²⁵ Artículo 41, inciso tercero de la LBPA.

1. Los permisos de construcción y los derechos adquiridos

Un aspecto de interés en materia urbanística dice relación con la forma en que los cambios en la normativa urbanística permiten mantener las situaciones jurídicas concretas que se han consolidado conforme al régimen anteriormente vigente. Ahora bien, en esta materia la solución tradicional ha sido la de mantener dicho *status* bajo la figura del “congelamiento”²⁶, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar derechamente el nuevo régimen, debiendo asumir la Administración el costo de dicha privación, habitualmente a través de la expropiación. Sin embargo, en esta materia se ha planteado una discusión de larga data respecto de la posibilidad de que de un acto administrativo puedan nacer derechos, titularidades o situaciones jurídicas a favor de su destinatario y que, por tanto, deban ser objeto de resguardo como parte de su estatus personal o patrimonial. En tal sentido, es conocida la disputa que ha existido desde comienzos del siglo XIX respecto de la posibilidad de que existan derechos subjetivos en el ámbito del Derecho administrativo y que aquellos nazcan de actos de la propia autoridad, no siendo considerados como meras concesiones o medidas de mera tolerancia que no configuran situación jurídica alguna²⁷.

En efecto, resulta muy interesante la discusión que se presentó en Francia y Alemania sobre este tema. En general, los autores no desconocían la existencia de derechos de contenido patrimonial que surgen a partir de actos administrativos, sino la posibilidad de que pudieran configurar derechos reales sobre bienes públicos²⁸, colocando en posiciones antagónicas a autores tan importantes como Maurice HAUORIOU²⁹, Ernst FORSTHOFF³⁰ y Guido ZANOBINI³¹, que admiten dicha posibilidad, frente a juristas del peso como León DUGUIT³², Henry BERTHELMY³³ y Rogerd BONNARD³⁴, que sostenían la posición contraria. Por lo demás, en nuestro entorno se asentó una suerte de principio o adagio en los términos siguiente: “en Derecho público no hay derechos adquiridos”, formulación hecha para explicar el régimen estatutario de los funcionarios públi-

²⁶ En este sentido, el artículo 62 LGUC dispone que “los terrenos cuyo uso no se conformare con el Plan Regulador se entenderán congelados, en el sentido de que no podrá aumentarse el volumen de construcción en ellos existentes, rehacer las instalaciones, ni otorgarse patente a nuevo propietario o arrendatarios”.

²⁷ Sobre la discusión en Chile se puede ver SOTO KLOSS (1984) y (1995), 221 y ss., y DÍAZ DE VALDÉS y ENTEICHE 2015, 235-266. En todo caso, es generalmente aceptada la producción de derechos o situaciones jurídicas a partir de actos administrativos y los límites que se imponen a la autoridad administrativa. Véase FORSTHOFF (1954), 173, 217-219; ZANOBINI 1958, T. I, 261-264, 327-328 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008a, 578-580.

²⁸ Sobre la materia se ha utilizado la expresión de “derechos reales administrativos”, véase GONZÁLEZ (1989); VERGARA (1992), 315-328, y DESDENTADO (1999).

²⁹ HAUORIOU 1908, 65.

³⁰ FORSTHOFF 1954, 305-307.

³¹ ZANOBINI 1958, T. IV, 36-37.

³² DUGUIT 1923, 357.

³³ BERTHELMY 1913, 425.

³⁴ BONNARD 1943, 732.

cos, pero que luego fue proyectada con carácter general a todo el ámbito del Derecho administrativo³⁵. Sin embargo, se trata de una posición que ha sido ampliamente superada en todo ámbito. Bien se dirá que:

“[...] contrariamente a lo que con extrema ligereza intelectual se enseñaba hace años en las cátedras de Derecho Administrativo, los actos administrativos, como actos jurídicos que son, producen efectos jurídicos; al producir efectos, éstos ingresan a la esfera jurídica de los sujetos a quienes afecta (sea en beneficio, sea en gravamen o carga) y, por consiguiente, ingresan a su patrimonio y poseen, por ende, un derecho de propiedad sobre ellos”³⁶.

En tal sentido, los derechos que nacen de un acto administrativo son de naturaleza incorporal, los cuales se incorporan al patrimonio de su destinatario, cualquiera sea el derecho, interés, situación o posición jurídica que se reconozca. Por lo demás, esta situación se corresponde con la tendencia de proteger la propiedad en su más amplia dimensión, esto es, en todos los casos en que exista un interés de contenido pecuniario, tesis que fue sostenida y desarrollada originalmente por la doctrina alemana en el período entre guerras³⁷, para la cual no hay diferencia entre la expropiación y una simple limitación al ejercicio del derecho de propiedad, ya que toda intromisión por parte del poder estatal en la esfera patrimonial privada quedaba cubierta por la correspondiente indemnización, prevista para las expropiaciones³⁸.

En el caso de Chile, la extensión de la garantía de la propiedad a la protección de la integridad patrimonial está estrechamente marcada por el

³⁵ Véase SOTO KLOSS 1984, 13 y ss. También del mismo autor 1995, 211 y ss.

³⁶ SOTO KLOSS 1991, 192.

³⁷ El origen de esta doctrina se encuentra en el pensamiento del jurista alemán Martín Wolff (1872-1953) en su disertación *Reichsverfassung und Eigentum in Festgabe für Wilhelm Kahl*, 1923. El objeto de su trabajo fue ampliar el contenido y los alcances de la garantía del derecho propiedad, haciendo retroceder o poniendo freno a las tendencias socializadoras que aparecían con toda claridad en el artículo 153 de la Constitución de Weimar de 1919. Así se llega a postular que *la garantía constitucional de la propiedad comprende no solo el derecho de propiedad definido en el parágrafo 903 del BGB sino “cualquier derecho patrimonial (crédito, acción de derecho real, derecho de autor)”*. *Idem*. 3. Martín Wolff fue seguido en esta tesis por la mayoría de los especialistas (TRIEPEL, 1924; ANSCHUETZ 1929, 607; GIESE 1921, 392; POETSCH-HEFFTER, 1928, 482, aunque en un sentido contrario se pronunció HOFACKER, así como por la jurisprudencia del Reichsgericht (RGZ 103, S. 200 (201 f.); 109, S. 310 (319); 111, S. 123 (130); 111, S. 320 (328); 121, S. 166 (168); 128, S. 165 (171); 129, S. 146 (148); 136, S. 113 (123); 139, S. 177 (188)). Las referencias han sido tomadas de los comentarios de PAPIER 2009, 11-17, que fue eliminando paulatinamente las características tradicionales de la institución de la expropiación, manteniendo esta interpretación incluso tras la llegada al poder del nacionalsocialismo. En palabras de SCHMITT, Carl, en *Juristische Wochenschrift*, 1929, 459 y ss. se produjo una “disolución de la noción de expropiación”. Según Triepel esta garantía sería no solo un límite para la Administración, sino también para el Legislador.

³⁸ Vid. BRAHM 1992, 411-414. Con posterioridad, no solo se ha confirmado la vigencia de esta interpretación a la luz de la Ley Fundamental de Bon por parte del Tribunal Constitucional Alemán en una de sus primeras sentencias y por la doctrina, sino que se ha reforzado la protección, al punto que se ha extendido la garantía constitucional a las posiciones jurídico-públicas con contenido patrimonial.

objeto sobre el cual recae dicho resguardo, abarcando por la vía jurisprudencial no solo las cosas o bienes corporales, sino también aquellas cosas o bienes incorporeales. En efecto, esto surge en un caso planteado ante la Corte Suprema en el año 1968³⁹, doctrina que pasó a ser jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema⁴⁰ y se ha consolidado en la dogmática jurídica chilena, casi sin discusión⁴¹. Así las cosas, se experimenta una extensión del derecho de propiedad, ya que la expresión “el derecho de propiedad en sus diversas especies” unido a una interpretación sistemática con el Código Civil, da a entender que hay un derecho de propiedad sobre las cosas incorporeales, las que consisten en derechos reales y personales. Dicho, en otros términos, se puede ser propietario no solo de cosas corporales, cualquiera sea su naturaleza física, sino que también de derechos, como son el usufructo, las servidumbres o los créditos. De esta forma, si se violenta o se priva a una persona de su derecho a cobrar un crédito o se le imponen cargas que hacen imposible su cobro, se está afectando su derecho de propiedad sobre el crédito que está garantizado constitucionalmente⁴². Sobre tales premisas, no es difícil sostener que del permiso de edificación surgen situaciones o posiciones jurídicas de contenido patrimonial que están amparadas por esta garantía constitucional.

³⁹ El caso *Troncoso G.H., Julia* se origina a raíz de la interposición de un recurso de inaplicabilidad a un contrato de arrendamiento del artículo 2 transitorio del DFL N° 9 de 1968, el que disponía la vigencia inmediata de su artículo 11, por el cual el plazo mínimo de todo contrato de arrendamiento sobre predios rústicos sería de 10 años. En caso de celebrarse por un menor plazo, se entendía pactado por el lapso de 10 años. El caso que suscita el pronunciamiento del tribunal fue el conflicto planteado entre arrendador y arrendatario de un predio rústico, contrato celebrado en 1965 y pactado por un período de 3 años, al término del cual el arrendatario se negó a la restitución asilándose en la norma ya comentada. Interpuesto el recurso de inaplicabilidad, la Corte Suprema lo acoge, señalando que el arrendador había adquirido un derecho personal a la restitución del predio al cabo de los tres años convenidos, sobre el cual como cosa incorporal tenía propiedad, sin importar la circunstancia de que la ocasión de hacerlo valer se presentara en una época posterior, en que una nueva ley se encuentra vigente. Tal propiedad estaba amparada por el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925, por lo que, siendo inconstitucional en este caso, resultaba inaplicable el artículo 2 transitorio del DFL N° 9 de 1968. Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de 24 de diciembre de 1968., en RDJ, T. 65, 1968, 2ª parte, sec. 1, 392 y ss. Existe un caso anterior (Sentencia de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 1949. Aida Blanco, inaplicabilidad. en RDJ, T. 47, 1950, sec. 1, 30 y ss.), pero que no tuvo la relevancia e influencia del caso anterior, sin perjuicio de que este tema es tocado muy superficialmente, como lo destaca GUZMÁN 1995, 237, nota 251.

⁴⁰ Corte Suprema Rol N° 10.096; Rol N° 10.055; y Rol N° 11.212.

⁴¹ Con una abundante cita jurisprudencial *vid.* FUENTES 1997, 38 y ss.

⁴² En este sentido, véase Tribunal Constitucional Roles N°s 505-2006 y 506-2006. En tal sentido, esta Magistratura ha reconocido la garantía del derecho de propiedad no solo sobre bienes corporales, sino también respecto de bienes incorporeales, como sucede con los derechos personales que emanan de un contrato (Tribunal Constitucional. Roles N°s 505-2006, 506-2006, 698-2006, y 1309-2010). En todo caso, esta tendencia se ve reforzada por la introducción del recurso de protección y el ejercicio habitual que se hizo de esta acción respecto de derechos que no reúnen las características tradicionales del dominio, fenómeno que fue conocido en la década de los noventa del siglo pasado como la “propietarización de los derechos”. Véase VERGARA 1991 y GUZMÁN 1995.

Ahora bien, en este caso existen tres cuestiones que resultan capitales en relación con los derechos y la situación jurídica en la cual se encuentran sus destinatarios, a saber:

- a) Cuáles son los derechos que se adquieren en virtud del permiso;
- b) En qué momento se produce dicho efecto, y
- c) Las condiciones se deben cumplir en relación con la legalidad del acto que los otorga.

En relación con los derechos que nacen de un permiso, debemos tener presente que los instrumentos de planificación territorial determinan el contenido material del derecho de propiedad sobre el suelo, a través de normas destinadas a una ordenación racional del mismo mediante la determinación de reglas de uso y edificación⁴³. A su vez, el permiso es un instrumento de control preventivo destinado a establecer si se han cumplido con las cargas urbanísticas previstas en el plan y si el proyecto es concordante con el mismo. En este caso, el otorgamiento del permiso permite el ejercicio del *ius aedificandi* que viene pre configurado en el marco de las facultades y deberes inherentes del derecho de propiedad, conforme a la legislación urbanística y, particularmente, de los instrumentos de planificación territorial⁴⁴. Así, visto desde un punto de vista objetivo el permiso tiene por finalidad determinar la legalidad en la actuación que puede realizar el propietario y, desde la perspectiva subjetiva, se traduce en que se incorpora en su patrimonio bajo la forma de una facultad o derecho el uso y la edificabilidad prevista en la norma. De esta manera, lo que es un marco objetivo de regulación, se singulariza en la esfera jurídica de una persona respecto de las facultades urbanísticas que se le reconocen, de las cuales solo puede ser privado en virtud de una expropiación y previo pago de la respectiva indemnización. Así, sobre el suelo se proyecta una realidad virtual que tiene un contenido patrimonial y que permite su materialización a través de las obras de urbanización y construcción, sujeto en todo caso a los términos y plazos previstos por el ordenamiento, todo lo cual es sin perjuicio de otros permisos o autorizaciones que se deban obtener conforme a la legislación sectorial.

⁴³ CORDERO 2015, 131-132.

⁴⁴ En nuestro ordenamiento, así como en el Derecho comparado, se ha discutido si el *ius aedificandi* preexiste a los instrumentos de planificación o, si por el contrario, es el instrumento de planeamiento el que lo atribuye y da existencia, de modo que el aprovechamiento nace en el tiempo, modo o cuantía que el planeamiento y la legislación urbanística, pudiendo incluso no corresponder nunca al propietario. Sin embargo, ha predominado la idea de que la función social de la propiedad en el derecho a edificar se traduce en una plena dependencia del *ius aedificandi* al planeamiento, de tal manera que el propietario no tiene derecho alguno a edificar, sino una mera "expectativa" dependiente del cumplimiento de los deberes. PAREJO 1988, 438-439; CORDERO 2015, 128, CORDERO 2008, 103.

El segundo punto dice relación con el momento en que se produce esta "patrimonialización"⁴⁵. En este caso, debemos estar a la regla general respecto de la ejecutoriedad de los actos administrativos, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre su impugnación. Por lo tanto, los efectos del permiso de edificación y la incorporación en el patrimonio de su titular del uso y la edificabilidad tendrá lugar mediante el acto de notificación⁴⁶. Sin embargo, también se ha planteado alguna discusión con otros actos administrativos urbanísticos previos, como son el certificado de informaciones previas (CIP) y los anteproyectos, en relación con el carácter vinculante que tendrían respecto del permiso de construcción y la posibilidad de dar lugar a derechos adquiridos aun antes de su notificación, como lo veremos en el siguiente apartado.

Por último, el tercer aspecto dice relación con las condiciones que se deben cumplir para que se produzca esta adquisición considerando la legalidad del permiso. En efecto, como lo analizaremos más adelante, no cabe discusión que de un acto administrativo que cumple con todas las condiciones de legalidad nazcan derechos que se incorporan en el patrimonio de sus destinatarios y que, por tanto, están amparados por la garantía constitucional de la integridad patrimonial (artículo 19 N° 24 de la Constitución). El problema se presenta respecto de los actos administrativos ilegales y los efectos que producen respecto de los titulares de proyectos que se encuentran de buena fe, cuestión que analizaremos a propósito de la nulidad e invalidación de los permisos de construcción.

2. La relación del permiso de edificación con otros actos administrativos urbanísticos

En materia urbanística nos encontramos con un amplio número de actos administrativos, todos los cuales están estrechamente vinculados al permiso de construcción. Así sucede con el CIP, los anteproyectos y la recepción de las obras. Si bien no se trata de actos que necesariamente deban emitirse respecto de todo proyecto, es habitual que se soliciten para tener certeza de las condiciones urbanística del suelo, conservar la normativa vigente, ejecutar las obras y permitir su uso y destino. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico la discusión se ha planteado respecto de los efectos que producen cada uno de estos actos y la forma en que condicionan al permiso de edificación. Este también es un tema que se vincula con la legalidad de estos actos administrativos y los derechos adquiridos a que pueden dar lugar, como veremos a continuación.

⁴⁵ Esta expresión ha sido acuñada por PAREJO ALFONSO y refleja de la mejor forma los aspectos positivos o de beneficios que produce la licencia urbanística o el permiso respecto del propietario. Véase PAREJO 2017, 11-12, entre otros trabajos.

⁴⁶ Artículos 3 inciso final, 45 y 51 de la LBPA. En la misma línea, la Corte Suprema ha señalado que los actos administrativos producen sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación. Véase Corte Suprema. Rol N° 1.079-2014, considerando 11°.

En primer término, la LGUC establece que la DOM, a petición del interesado:

“[...] emitirá un certificado de informaciones previas que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo. El certificado mantendrá su validez mientras no se modifiquen las normas urbanísticas, legales o reglamentarias pertinentes”⁴⁷.

Este certificado constituye un acto administrativo de constancia o conocimiento, tal como lo dispone el artículo 3° de la LBPA. Por lo tanto, no contiene decisión o pronunciamiento alguno por parte de la autoridad que implique alguna declaración de voluntad que pueda afectar la esfera jurídica de su destinatario, ya sea de forma favorable o desfavorable. En este caso, la DOM se limita a dar constancia del régimen urbanismo aplicable a un determinado ámbito territorial conforme a la normativa vigente.

A su vez, dicho acto debe ser acompañado a la solicitud de un permiso de edificación o aprobación de anteproyecto, de acuerdo con lo establecido por la OGUC, ya que entrega los elementos de juicio que permiten a la DOM otorgar o denegar el otorgamiento del permiso o la aprobación del anteproyecto.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia fue un poco más lejos y llegó a sostener que un CIP podría ser vinculante para la autoridad respecto de la emisión de estos actos posteriores (aprobación de anteproyectos y otorgamiento de permisos), aun cuando contuviera errores. De esta forma, se sostuvo que los CIP emitidos por autoridad competente eran actos administrativos perfectos que producen pleno efecto para sus destinatarios, cuyos derechos, derivados legítimamente de tales certificados, no pueden desconocerse posteriormente. Así, desde la fecha en que dichos certificados fueron otorgados por la DOM, debía ajustarse a ellos en sus resoluciones, en consideración a la validez legal que han adquirido en su carácter de actos administrativos perfectos⁴⁸.

No obstante, este criterio sufrió un cambio a partir del año 2000, cuando la Corte Suprema sostuvo que no nacían derechos adquiridos a partir de un CIP que contenga un error de la autoridad municipal, por lo que esta puede enmendarlo negándose a otorgar el permiso o autorizar el anteproyecto respectivo:

“En este aspecto cabe señalar que el certificado de informaciones previas debe conformarse estrictamente a las normas urbanísticas vigentes en las materias antes señaladas, pues su validez deriva de tal circunstancia. De modo que solo si se cumple tal requisito se producirá el efecto de mantener su vigencia mientras no se modifiquen las normas urbanís-

⁴⁷ Artículo 116 inciso 7° de la LGUC.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.190-99. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema. Rol N° 4.073-1998 y la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 12.447, confirmada por la Corte Suprema. Rol N° 3.022-99.

ticas, legales o reglamentarias pertinentes. Así, si un certificado se emite contrariando las normas urbanísticas, este carecerá de todo valor, estando la autoridad administrativa obligada a dejarlo sin efecto⁴⁹.

El mismo criterio fue sostenido posteriormente por la Contraloría General de la República, que ha señalado que:

“[...] los CIP no fijan las condiciones jurídicas aplicables a los inmuebles ni generan derechos adquiridos para sus propietarios, sino que constituyen documentos a través de los cuales las Direcciones de Obras Municipales dan cuenta, entre otras circunstancias, de las normas urbanísticas que les son aplicables a aquellos, de acuerdo con lo consignado en los planes reguladores, según la zona o subzona en que se encuentren situados”⁵⁰.

De esta forma, se produce una desvinculación del CIP respecto de los anteproyectos y del permiso de edificación en relación con las condiciones urbanísticas que determinan su contenido. En todo caso, no es posible soslayar que un error en un dicho acto puede ocasionar un serio perjuicio de terceros, considerando que el valor del suelo depende del destino y edificabilidad que pueda tener asignado. Así, una equivocación en la normativa aplicable no es una cuestión menor, más aún cuando está contenida en un acto formal que emana de la autoridad competente. En tal sentido, resulta interesante que la jurisprudencia haya reconocido que este hecho puede constituir una falta de servicio y, si ha producido algún daño o perjuicio a un particular, aquello da lugar a responsabilidad patrimonial de la municipalidad⁵¹.

En segundo término, nos encontramos con los anteproyectos, que son actos administrativos que permiten al solicitante mantener vigente las condiciones previstas en la normativa urbanística, con el fin de precaver cualquier modificación o cambio que estas puedan experimentar⁵². En efecto, considerando la flexibilidad que tiene la regulación urbanística a través de los instrumentos de planificación territorial, es posible que se experimenten cambios en la misma que impidan tener certeza respecto de la ejecución de

⁴⁹ Corte Suprema Rol N° 23.766-2014. En el mismo sentido, Corte Suprema Roles N° 40-2000 y 3.104-2002 y Contraloría dictámenes N°s 49.531, de 2008, 77.490, de 2011 y 7.992, de 2017.

⁵⁰ Dictamen N° 23.573, de 2015. En el mismo sentido, dictámenes N°s 30.891 y 45.377, de 2012.

⁵¹ Corte Suprema Rol N° 5080-2011, en la cual señala que “de acuerdo a los hechos asentados es manifiesto el incumplimiento de la norma legal en el quehacer municipal, que motiva la responsabilidad del Municipio demandado por falta de servicio”. En un sentido similar, Corte Suprema Rol N° 9433-2011, en especial el considerando 8°.

⁵² Siguiendo lo dispuesto en Artículo 116 inciso 8° LGUC, la OGUC define los anteproyectos como la “presentación previa de un proyecto de loteo, de edificación o de urbanización, en el cual se contemplan los aspectos esenciales relacionados con la aplicación de las normas urbanísticas y que una vez aprobado mantiene vigentes todas las condiciones urbanísticas del Instrumento de Planificación respectivo y de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones consideradas en aquél y con las que éste se hubiera aprobado, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, durante el plazo que señala esta Ordenanza” (Artículo 1.1.2. de la OGUC).

un proyecto inmobiliario, especialmente en lo que dice relación con la inversión y las condiciones previstas en los actos y contratos necesarios para su materialización. Por tal razón, el anteproyecto permite al propietario poder fijar las normas y condiciones aplicables durante un tiempo, siempre que sea aprobado previamente por la DOM⁵³.

Por su parte, la jurisprudencia también había reconocido que los anteproyectos tenían la capacidad de generar derechos adquiridos a favor del solicitante en relación con las condiciones urbanísticas vigentes, incluso en los casos que se contengan errores que determinen su ilegalidad sobre la base de la buena fe y la confianza legítima⁵⁴. Así, el permiso de construcción debía otorgarse sobre la base del anteproyecto aprobado, a pesar de dichos errores. Sin embargo, con posterioridad se limitó el alcance de dicha interpretación, sosteniendo que los anteproyectos solo tienen por finalidad mantener las condiciones urbanísticas frente a una eventual modificación del instrumento de planificación. Por lo tanto, en el caso que aquello no se produzca, se debe entender que aquello no daría lugar a derechos adquiridos⁵⁵. Como consecuencia de lo anterior, tampoco se plantean limitaciones respecto a su invalidación, desvinculando sus efectos respecto del permiso de construcción, el cual se debe otorgar conforme a las normas urbanísticas vigentes⁵⁶. A su vez, la Corte Suprema ha declarado la nulidad de los anteproyectos, sin considerar la buena o mala fe que haya tenido su titular⁵⁷.

Por último, nos encontramos con la recepción de obras, que también ha sido reconocido como un acto administrativo de constancia o conocimiento⁵⁸,

⁵³ Para este efecto se establece un procedimiento administrativo previsto en la OGUC para anteproyectos de loteos (Artículo 3.1.4. de la OGUC) y edificación (Artículo 5.1.5. de la OGUC). A su vez, en relación con los plazos, también se establece un término de 30 días para que la DOM emita su pronunciamiento (Artículo 1.4.10 de la OGUC). Por regla general, el plazo de vigencia de los anteproyectos será de 180 días, salvo en determinados casos en que el plazo se extiende a 1 año si se trata de anteproyectos de loteo cuya superficie sea superior a 5 hectáreas; de anteproyectos de edificación cuya superficie edificada sea superior a 10.000 m², o de anteproyectos que requieran, para obtener el permiso de edificación o urbanización, el pronunciamiento de otra repartición pública (Artículo 1.4.11 de la OGUC). A su vez, la Contraloría ha señalado que este plazo se debe contar a partir de la notificación que se hace de la aprobación dada por la DOM, conforme a las normas de la LBPA (Dictámenes N° 29.192, de 2006 y 32.357, de 2006).

⁵⁴ Sentencia de la Corte Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 12.447-99, confirmada por la Corte Suprema. Rol N° 3.022-99.

⁵⁵ En tal sentido, Contraloría dictámenes ha señalado que: "los anteproyectos válidamente aprobados, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, mantienen vigentes las condiciones urbanísticas del instrumento de planificación territorial y de las normas de la OGUC consideradas en aquél, lo que solo cobra relevancia si existiere un cambio normativo en esas preceptivas que incida en el proyecto, lo que no ha acontecido en la especie" (Dictamen N° 45.217, de 2016). En el mismo sentido, Dictamen N° 27.918, de 2018.

⁵⁶ Dictámenes N° 45.217, de 2016, y 89.856, de 2016.

⁵⁷ Corte Suprema Rol N° 5980-2017.

⁵⁸ FIGUEROA y FIGUEROA 2016, 299.

que supone un procedimiento administrativo previo, regulado supletoriamente por la LBPA⁵⁹. A este respecto, el artículo 144 de la LGUC dispone que:

“Terminada una obra o parte de la misma que pueda habilitarse independientemente, el propietario y el arquitecto solicitarán su recepción definitiva por la Dirección de Obras Municipales. Sin perjuicio de las recepciones definitivas parciales, habrá, en todo caso, una recepción definitiva del total de las obras”.

A su vez, su inciso tercero establece que:

“El Director de Obras deberá revisar únicamente el cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables a la obra, conforme al permiso otorgado, y procederá a efectuar la recepción, si fuere procedente”.

Como se puede apreciar, en la recepción de obras se debe constatar el cumplimiento de la normativa urbanística durante su ejecución⁶⁰. Por tal razón, es considerado como un acto de certificación o constancia⁶¹. Sin embargo, también produce importantes efectos jurídicos, pues: a) permite la habitabilidad y destino para el uso previsto para la obra (artículo 145 LGUC); b) en materia de copropiedad, constituye uno de los requisitos para disponer de cada una de las unidades que la componga, ya sea mediante su enajenación o hipoteca, y c) da lugar a la extinción del permiso de construcción, el cual deja de producir sus efectos.

Ahora bien, en este caso la discusión que se ha planteado dice relación con el marco regulatorio que debe tener a la vista el Director de Obras al momento de otorgar la recepción de obras, particularmente cuando se plantean reparos de legalidad respecto del permiso de construcción. En este caso, el problema se traduce en determinar si dicho acto condiciona el otorgamiento de la recepción o la autoridad lo puede soslayar, en la medida que deben respetar las normas urbanísticas. El problema no es menor, si consideramos los aspectos de seguridad jurídica y certeza que se pueden presentar

⁵⁹ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que: “Como todo procedimiento administrativo, se encuentra reglamentado por las normas especiales previstas para él, como asimismo, de forma supletoria, por la Ley No 19.880, por lo que los principios normativos consagrados en este cuerpo legal deben inspirar la interpretación de los preceptos específicos atinentes a la Litis”. Corte Suprema Rol N° 31.814-2018, considerando 10°.

⁶⁰ Al respecto, también se debe señalar que a la recepción de obras también se le ha reconocido como un mecanismo de comprobación de la legalidad en materia ambiental. En efecto, el artículo 25 bis de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, prevé que las direcciones de obras municipales no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a que se refiere el artículo 10 del mismo cuerpo legal no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable.

⁶¹ Así, la Contraloría ha sostenido que “[...] la recepción definitiva constituye una actuación de la Dirección de Obras Municipales cuyo objeto es fiscalizar que lo edificado se ajuste al permiso otorgado y que supone, necesariamente, que exista la debida concordancia entre ambos, siendo pertinente agregar, acorde a la reseñada normativa, que la recepción parcial solo procede en la medida que una parte de la obra pueda habilitarse independientemente (aplica dictamen N° 75.392, de 2013, de este origen)”, Dictamen N° 78, de 2014.

en estos casos, especialmente sobre la base de los principios de buena fe y confianza legítima. A su vez, nuevamente se plantea el tema de la vinculación entre los actos administrativos urbanísticos, es decir, si la recepción debe ceñirse estrictamente al permiso, aun cuando aquel pueda ser ilegal. En este sentido, la Corte Suprema en casos similares ya ha emitido algún pronunciamiento en orden a que no resulta posible que, por actos formales posteriores, se pueda revisar la legalidad de actos previos en la medida que no hayan sido objeto de invalidación o declarados nulos en sede judicial⁶², lo cual nos parece la solución razonable en el caso de la recepción de obras.

3. La ejecutoriedad del permiso

El tema de la ejecutoriedad del permiso de edificación está estrechamente vinculado con la forma de computar los plazos de ejecución de este. Ahora bien, la ejecutoriedad o eficacia dice relación con los efectos jurídicos que produce un acto administrativo, ya sea respecto de la Administración autora como de sus destinatarios, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas. En tal sentido, el acto existe y es ejecutorio, en la medida que produce en el plano jurídico los efectos que le son propios y, si fuese necesario, será el título que justifique su ejecución material (ejecutividad). Por su parte, esto no se ve afectado por el hecho de que se cuestione la validez o legalidad del acto, ya que como el acto administrativo se presume legal, van a producir los efectos que le son propios mientras que no se declare su ilegalidad, ya sea mediante la invalidación que puede ordenar la autoridad administrativa (artículo 53 de la LBPA) o la nulidad por la autoridad judicial.

Por regla general, los actos administrativos producen eficacia inmediata, es decir, una vez que se han cumplido con todas las etapas del procedimiento administrativo (artículo 51 la LBPA). Sin embargo, en el caso de los actos que producen efectos individuales se requiere de su notificación (artículo 45 y 51 inciso de la LBPA), regla que resulta plenamente aplicable respecto del solicitante y destinatario del permiso de construcción. La discusión se ha planteado respecto de terceros que puedan tener interés en impugnar dicho acto y no han sido notificado del mismo, como sucede con el reclamo de ilegalidad municipal previsto en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM), que computa el plazo desde que el acto ha sido publicado o notificado. Sin embargo, hay actos que solo se notifican y no se publican, como sucede con los permisos de construcción, de forma que los terceros no tienen forma de saber en qué momento se han dictado, para poder impugnarlos.

⁶² Así, se ha señalado que el “[...] acto administrativo mediante el que se aprobó la fusión de los predios, anterior a los impugnados, se erige en una garantía de certeza jurídica para el administrado en tanto gozan de “una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia”, como lo dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.880”. Corte Suprema Rol N° 4163-2019, considerando 10°. En sentido similar, Corte Suprema Rol N° 25.784-2016, considerando 20°.

El problema ya se había discutido bajo la anterior Ley Orgánica de Municipalidades contenida en el Decreto Ley N° 1.289, de 1976, que establecía una disposición bastante similar al texto actualmente vigente. A este respecto, bien señalaba Pedro Pierry que la ampliación de la legitimación activa para entablar este reclamo planteaba el problema de la forma de contar el plazo de treinta días para interponer el recurso, ya que aquel puede ser ejercido por personas a quienes el acto no va a ser notificado. En tal sentido, expuso dos soluciones: a) contar el plazo desde la fecha de la dictación del acto impugnado, o del día siguiente, siguiendo a la doctrina española, o b) hacer el computo del plazo desde que existe un “conocimiento adquirido” del acto, tal como sostiene la doctrina francesa, aunque precisa que aquella es una solución sustituta de la notificación del interesado y no para los terceros afectados. Así, afirma que:

“Esta solución, aplicada en el siglo pasado por la jurisprudencia francesa, podría quizás aplicarse en el derecho municipal para los terceros agraviados. Debe entenderse notificado cuando razonablemente aparece como cierto que el interesado tomó debido conocimiento del acto administrativo, o no pudo menos de hacerlo dadas las circunstancias, como por ejemplo: el vecino de un inmueble en construcción del permiso para construir otorgado, si habita en la casa contigua. Debe entenderse notificado, para los efectos de la letra b), desde que comenzaron las obras de construcción. El inconveniente grave que tiene la aplicación de esta teoría radica en que su aplicación práctica implica una larga trayectoria jurisprudencial y, por sobre todo, que esto implica dejar algunos recursos indefinidamente abiertos, lo que, sin embargo, se podría solucionar procediendo la Municipalidad a la publicación a sus actos administrativos [...]”⁶³.

En todo caso, Pierry termina inclinándose por la primera posición: el plazo debe computarse desde que el acto se ha dictado⁶⁴. Sin embargo, se ha criticado esta última posición y se ha sostenido que respecto de los terceros interesados que no participan del procedimiento administrativo, la carga de impugnar solo es exigible cuando han tomado o pueda inferirse que han tomado conocimiento del acto. Lo interesante de este caso, es que se coloca de cargo del tercero acreditar aquello, pues supone demostrar la vigencia de su pretensión⁶⁵.

La jurisprudencia en estas materia ha seguido la tesis planteada por Pierry, es decir, que tratándose de actos no publicados ni notificados, el plazo

⁶³ PIERRY 2017, 378-382.

⁶⁴ *Idem*, 381.

⁶⁵ Señala este autor que “[.] tratándose de actos que afectan a terceros que no han sido parte en el procedimiento administrativo, el plazo para impugnarlos corre desde que se demuestra que han tomado conocimiento o pueda inferirse que lo han hecho. Esto último podría ser materia de discusión en el respectivo proceso jurisdiccional, y la carga de la prueba es del tercero desde que supone demostrar la vigencia de su pretensión”. Véase HUNTER AMPUERO 2014, 201.

de treinta días debe contarse desde la dictación del acto y no desde la fecha en que se tuvo conocimiento del acto, por cuanto ello resulta contradictorio con la naturaleza misma del reclamo de ilegalidad y la certeza jurídica necesaria, que deriva de la posibilidad de interponer una acción de nulidad con efectos “*erga omnes*”, para lo que es necesario la existencia de plazos ciertos y breves⁶⁶.

Dada esta situación, mediante la Ley N° 19.878, de 31 de mayo de 2003, se estableció un procedimiento de publicidad para gestiones administrativas relacionadas con la construcción, y que consideró diversas medidas, entre las cuales estaba la posibilidad que el propietario informara al público sobre dicha gestión (instalación de un letrero visible en el lugar de la obra, la comunicación por escrito a los vecinos afectados, la comunicación a través de algún medio masivo y publicación en el diario oficial)⁶⁷. Sin embargo, aquello no dio los resultados esperados y actualmente se trámite una iniciativa legal en la cual se dispone la publicación de los actos administrativos en una plataforma digital que mantendrá el Ministerio de Vivienda y Urbanismo⁶⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, en algunos casos nuestro máximo tribunal ha sostenido que algunos permisos de construcción deben ser publicados cuando afecten al interés de toda una comunidad, especialmente en los casos en que están comprometidos aspectos de carácter ambiental, momento a partir del cual se puede contar el plazo para su impugnación⁶⁹.

4. Los efectos de la nulidad de los permisos de construcción

El régimen de validez de un permiso de construcción no difiere del régimen general de los actos administrativos. Así, para determinar los vicios o causales de nulidad que le pueden afectar, se hace una relación con los elementos que lo conforman: investidura, competencia, motivos, objeto, fin y forma⁷⁰. Sin embargo, la cuestión que más problemas ha suscitado dice relación con los efectos que produce la declaración de nulidad respecto de los derechos adquiridos por sus destinatarios⁷¹. Este es uno de los puntos donde se ha

⁶⁶ Corte Suprema Roles N°s 377-2012, 4383-2008 y 4384-2008.

⁶⁷ Artículo 116 C de la LGUC.

⁶⁸ Boletín N° 11747-03. Este proyecto fue aprobado por el Congreso Nacional, pero fue objeto de un veto por parte del Presidente de la República que se encuentra pendiente de discusión.

⁶⁹ Corte Suprema Rol N° 3.918-2012. Este criterio se analizó en el caso de Inmobiliaria Nueva El Golf, pero se sostuvo que no se daban los supuestos para exigir la publicación. Corte Suprema. Rol N° 4.163-2019, considerando 5°.

⁷⁰ Corte Suprema, Rol N° 2.217-2009, considerando 10°. Así, el permiso debe emanar de una autoridad investigada en su cargo y dentro del ámbito de su competencia (DOM y, excepcionalmente, SEREMI de Vivienda y Urbanismo); debe fundarse en los antecedentes técnicos y las condiciones urbanísticas del terreno (motivos), dando lugar a un pronunciamiento positivo o negativo para el ejercicio de *ius aedificandi* (objeto), y destinado al fin público específico previsto por la ley; por último, debe cumplir con las formas establecidas en nuestro ordenamiento, tanto respecto del procedimiento administrativo como de la manera en que se debe extender el acto o resolución que contiene dicho pronunciamiento.

⁷¹ Véase DÍAS DE VALDÉS y ENTEICHE 2015, 235-266.

producido con mayor intensidad el efecto que hemos descrito como de “ida y retorno” desde el Derecho administrativo general y el Derecho urbanístico, y lo analizaremos considerando no solo la declaración de nulidad judicialmente declarada, sino también la invalidación que, en nuestra opinión, no es sino la nulidad de un acto administrativo declarada por la propia Administración.

En esta línea, durante la segunda mitad del siglo pasado se inició una importante discusión respecto de la potestad invalidatoria de los órganos administrativos y los derechos adquiridos, la que se fue decantando en la protección de la posición de los particulares frente a los actos ilegales de la Administración creadores de derechos, sobre la base de la buena fe del destinatario del acto y la teoría de los actos propios, además de un cuestionamiento a la existencia de esta potestad en nuestro ordenamiento⁷². En su jurisprudencia inicial, la Contraloría sostuvo que no se podía dejar de reconocer la existencia de límites en el ejercicio de la potestad invalidatoria, cuyo desconocimiento atentaría contra principios elementales de seguridad en las relaciones jurídicas. Así, dentro de estas limitaciones, el Ente contralor advertía sobre la conveniencia de proteger a personas que han actuado de buena fe y mantener estabilidad de situaciones jurídicas que revisten carácter de concretas⁷³. En una línea similar se pronunció la Corte Suprema a partir de la década de los ochenta, al resolver diversas acciones de protección⁷⁴.

En su desarrollo inicial, este criterio se aplicó respecto del régimen de los funcionarios (nombramientos, ascensos, expiración de funciones, fuero maternal, pensiones, etc), pero con posterioridad esta doctrina se consolidó bajo la noción de confianza legítima, que comienza a aparecer en la jurisprudencia administrativa de comienzos la década del 2000 con particular fuerza en el ámbito del Derecho urbanístico⁷⁵ y se mantendrán con el reconocimiento expreso de la potestad invalidatoria de la Administración en virtud de la LBPA. Así se afirmará que, en razón de los principios de buena fe y de seguridad jurídica, las infracciones al principio de juridicidad no siempre acarrearán la nulidad del acto irregular, pues esa sanción no puede afectar a los terceros de buena fe que actuaron con el convencimiento que el acto administrativo se encontraba ajustado a derecho⁷⁶. Por lo tanto, la invalidación de los actos irregulares tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación administrativa, la que no procede alterar, en resguardo del principio de seguridad jurídica, de manera que las consecuencias de aquéllas no pueden afectar a terceros

⁷² Esta primera etapa aparece en el trabajo de SOTO KLOSS 1988, 157-167, posteriormente publicado en SOTO KLOSS 1996, 194-211, tendencia iniciada por la jurisprudencia de Contraloría desde 1969 y, luego, en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema desde 1981.

⁷³ Dictamen N° 16.506, de 1971.

⁷⁴ SOTO KLOSS 1988, 157-167.

⁷⁵ Dictamen N° 44.492, de 2000.

⁷⁶ Dictamen N° 31.636, de 2001. En el mismo sentido, véase los dictámenes N°s 12.272, de 2002, y 16.238, de 2007.

que adquirieron derechos de buena fe al amparo de las mismas⁷⁷. De esta manera, la autoridad puede negarse a invalidar un acto administrativo, no obstante haber sido irregularmente otorgado, en la medida que haya generado situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, sobre todo si no se advierte antecedente alguno del que aparezca que los titulares actuaron de mala fe o a sabiendas de la irregularidad que afectaba a tales actos⁷⁸. Asimismo, el ejercicio de la potestad invalidatoria debe considerar la situación de hecho existente, por ejemplo, si se trata de un permiso cuyas obras ya se encuentran en ejecución o se trata de construcciones en proceso de recepción final⁷⁹. Así, la doctrina de la confianza legítima y la buena fe se consolidó en la jurisprudencia relativa a los actos administrativos urbanísticos, a partir del cual se proyectó al Derecho administrativo general⁸⁰.

No obstante, esta tendencia comenzó un lento declive a partir del año 2016, hasta prácticamente desaparecer en los temas urbanísticos y tener un alcance muy restrictivo en otros ámbitos⁸¹. No resulta sencillo encontrar una respuesta a este cambio de criterio, pero si existen elementos que nos permiten sacar algunas conclusiones relevantes. En primer lugar, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido categórica en señalar que la Contraloría no puede dar una orden perentoria a los órganos y servicios públicos respecto de la invalidación de actos administrativos, reconociendo una mayor deferencia a la decisión que debe adoptar la Administración activa sobre la materia⁸². Así, la Contraloría solo puede hacer una “suerte” de invitación a iniciar un procedimiento de invalidación, más no pronunciarse sobre el fondo⁸³. A su vez, la

⁷⁷ Dictámenes N^{os} 53.290, de 2004; 8.630, de 2007; 49.531 y 2.965, de 2008; 8.221 y 35.681, de 2009; 32.639 y 77.184, ambos de 2010; 1.088, 28.097 y 73.224, todos de 2011; 61.211, de 2012; 62.168, de 2013, y 12.501, de 2016, entre otros. En particular, sobre este último principio la jurisprudencia administrativa ha señalado que el reconocimiento de la buena fe, como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado– constituye la aplicación directa de los principios generales del derecho, de tal manera que no se requiere de una consagración legal expresa para que se pueda recurrir a él a los efectos de que la Administración decida acerca de la forma de proceder en situaciones como la invalidación de permisos (Dictamen N^o 16.238, de 2007). Además, de acuerdo con el artículo 707 del Código Civil, la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse. Por consiguiente, es la eventual mala fe de los particulares que solicitan permisos de edificación, la que deberá ser acreditada por quien pretenda alegarla, siendo las DOM, a quienes corresponde ponderar los supuestos de hecho relacionados con los actos irregulares que haya emitido y con los efectos que los mismos han producido (Dictamen N^o 12.500, de 2002).

⁷⁸ Dictamen N^o 16.238, de 2007.

⁷⁹ En este sentido véase el Dictamen N^o 29.192, de 2006.

⁸⁰ BOETTIGER 2009, 309-326. Sobre el principio de buena fe en el Derecho administrativo en general, véase GONZÁLEZ 2004.

⁸¹ Dictamen N^o 7.508, de 2018. También se ha mantenido respecto del régimen de los funcionarios, como en los dictámenes N^{os} 13.720, de 2018 y 9.740, de 2019.

⁸² Corte Suprema Rol N^o 47.610-2016. En el mismo sentido, sentencias Roles N^{os} 274-2010; 5815-2011 y 11.216-2011.

⁸³ Así se puede apreciar en el Dictamen N^o 89.856, de 2016, que señala: “resulta necesario que esa entidad edilicia verifique que dicho permiso se conforme a lo precedentemente expuesto y, de ser procedente, adopte las providencias que en derecho correspondan a fin de corregir las

propia Contraloría ha reconocido esta deferencia, al aceptar que las consideraciones sobre buena fe y confianza legítima pueden ser fundamentos para que la autoridad titular de la potestad invalidatoria decida no hacerlo por razones fundadas⁸⁴. En este sentido, es posible entender que la Contraloría puede instruir la adopción de medidas para el restablecimiento de la legalidad, pero no puede anticipar un juicio de fondo respecto de la invalidación, ya sea ordenando dejar sin efecto un acto administrativo o imponer límites, como sería la confianza legítima o la buena fe de los terceros.

Por su parte, la situación ha sido distinta respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En efecto, durante largo tiempo nuestro máximo Tribunal sostuvo de forma reiterada que uno de los límites de los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo lo constituía el principio de confianza legítima⁸⁵. Sin embargo, en el año 2017 afirmó de forma categórica que de “un acto administrativo ilegal no puede generar un derecho adquirido para el solicitante”⁸⁶, sin hacer distinción alguna respecto de la posición en que se encontraba el destinatario del acto y de las deficiencias en el actuar de la Administración.

Es nuestra opinión, estos cambios de criterios generan una natural preocupación, pues este principio no solo encuentra su origen en la jurisprudencia, sino que también emana de diversas normas administrativas hacen aplicación del mismo⁸⁷. Además, no parece razonable que los errores en que incurra la Administración dejen en total desprotección a personas que han obrado bajo la convicción de que el actuar de la autoridad ha sido legítimo.

No cabe duda de que los alcances y la aplicación del principio de confianza legítima han dado lugar a una importante discusión respecto de su sentido y función, al punto que se puede sostener una natural “desconfianza” por la ausencia de un real consenso sobre su existencia y alcance, pues

irregularidades que pudiesen constatarse respecto de aquel, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, sobre la invalidación administrativa de los actos irregulares”. En la misma línea los dictámenes N°s 43.367 y 44.959, de 2017, y 27.918, de 2018, respecto de los casos de permisos otorgados en la comuna de Estación Central, conocidos como “guetos verticales”.

⁸⁴ Dictamen N° 7.992, de 2017, en el cual se señala que “[...] Enseguida, y en ese contexto, teniendo presente que la DOM llevó a cabo el procedimiento de invalidación respecto de la referida resolución N° 47, al término del cual emitió la nombrada resolución N° 71, y que en los considerandos de esta última desarrolla latamente los motivos por los cuales arribó a la determinación de no dar lugar a la invalidación, entre los que se encuentran que no habría antecedentes en el expediente que permitieran establecer la mala fe del titular del anteproyecto y que existirían derechos adquiridos en su favor –consistentes en que el anteproyecto produce el efecto de mantener la vigencia de las condiciones urbanísticas con las cuales fue aprobado–, todo lo cual aparece suficientemente fundado [...].

⁸⁵ Corte Suprema Rol N° 1123-2005.

⁸⁶ Corte Suprema Rol N° 15561-2017.

⁸⁷ Así sucede en el Derecho administrativo general con la figura del funcionario de hecho (artículo 63 de la Ley N° 18.575 y 16 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo) y en sectores específicos, como ocurre en materia tributaria (artículos 8 bis N° 19 y 26 del Código Tributario).

no permite vislumbrar alguna diferencia sustantiva respecto del clásico principio de buena fe⁸⁸. Por otra parte, en su origen este principio fue propuesto como una alternativa a la responsabilidad patrimonial que pudiera generar la actuación de los órganos administrativos, producto de una actuación ilegal que creaba las condiciones en los particulares para entender que se estaba obrando de forma legítima⁸⁹. Sin embargo, ahora que la jurisprudencia tiende a separar la ilegalidad como base de un factor de atribución de responsabilidad⁹⁰, se ha aprovechado la oportunidad para sostener un respeto a ultranza de la legalidad objetiva, soslayando toda consideración en relación con la conducta de la Administración, así como las expectativas y condiciones que ha generado en terceros de buena fe, dejándola totalmente inmune frente a la ilegalidad cometida y el perjuicio causado⁹¹.

Por tal razón, las soluciones no debieran ser tan radicales, llevando a enfrentar el problema entre legalidad subjetiva y protección de derechos adquiridos, unida a una presunción de buena fe. Así, es posible valorar en estos casos situaciones en donde el perjuicio es evidente frente a los errores cometidos por la Administración, dejando margen para reconocer la buena fe del propietario, como en los supuestos en que la construcción ya haya comenzado o se encuentre finalizada. En ambos casos, se ha reconocido una limitación a los efectos de la nulidad de un permiso, tanto en el derecho comparado⁹² como en nuestra jurisprudencia administrativa⁹³.

5. La invalidación del permiso

Como se ha señalado, la *invalidación* es una forma de extinción de los actos administrativos por razones de legalidad y cuyo pronunciamiento se encuentra entregado a la propia autoridad que dictó el acto viciado. Ahora bien, no cabe duda de que respecto de los permisos de construcción, es donde se

⁸⁸ Con toda razón Santiago Muñoz Machado habla de los defectos en la construcción técnicas de este principio y de la difícil predicción en su aplicación, como también esta sucediendo en nuestro país. MUÑOZ MACHADO (2016), 149.

⁸⁹ Así la Contraloría sostuvo para justificar el límite a la invalidación que “[...] aplicar la invalidación a este supuesto, podría comprometer la responsabilidad civil extracontractual del órgano administrativo que emitió el acto irregular, pues dicho actuar por ser viciado y ocasionar un daño, configuraría una especie de mal funcionamiento del servicio que haría procedente el pago de una indemnización”. En este caso el conflicto fue resuelto en favor de conservar la vigencia del acto ilegal, no solo sobre la base de la buena del destinatario, sino también por las eventuales indemnizaciones que se debería pagar. Así, se sostenía que “[...] a nulidad de Derecho Público se justifica en la medida que ella se aplica para no originar situaciones más graves que las que se pretenden evitar con su vigencia”. Véase dictamen N° 44.492, de 2000. Por su parte, no debe confundir esta situación respecto de los casos en que se han reconocido la responsabilidad del Estado por cambios normativos, sobre la base de la confianza legítima. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2002) y MUÑOZ MACHADO (2016).

⁹⁰ VALDIVIA 2016, 477-508.

⁹¹ LETELIER (2014).

⁹² Véase CASSAGNE (2012), 422 y FORSTHOFF (1954), 220, citando la opinión general de la doctrina alemana (W. Jellinek, Fleiner, Shoen, Ipsen, Fischers-Baltz y Scholz).

⁹³ Dictamen N° 29.192, de 2006.

han planteado los aspectos más interesantes respecto de esta figura, como es el problema de los efectos que produce respecto de terceros y que hemos analizado en el apartado anterior.

En esta parte, nos corresponde dar cuenta de dos aspectos muy concretos. Uno el relativo a la autoridad competente para invalidar un permiso y el otro respecto del plazo para ejercer esta potestad.

En primer término, se ha discutido la autoridad que puede ejercer esta potestad. El artículo 53 de la LBPA dispone que "*La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho*". Conforme al tenor de esta norma, la autoridad titular de la potestad invalidatoria es aquella que ha dictado el acto cuya invalidación se pretende o, dicho, en otros términos, tiene la potestad para dictar el acto invalidado, porque –como bien se ha dicho– se trata de una "atribución doméstica para corregir la ilegalidad de los actos administrativos"⁹⁴. De esta forma, corresponde al Director de Obras Municipales ejercer dicha atribución, no siendo posible que dicha potestad sea ejercida por otra autoridad, ni siquiera el superior jerárquico es competente para aquello, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema⁹⁵ y Contraloría⁹⁶.

En segundo lugar, nos encontramos con el problema del plazo. La ley dispone que dicha potestad se debe ejercer dentro del plazo de dos años contados desde la notificación o publicación del acto⁹⁷. En este caso, la jurisprudencia ha entendido que se trata de un plazo de caducidad, por lo tanto, transcurrido dicho término no resulta admisible la invalidación en sede administrativa⁹⁸, por lo que no se ajustaría a derecho el acto que dé inicio a un procedimiento de invalidación habiendo transcurrido con creces el referido plazo⁹⁹, dado que esta potestad solo procede en la medida que se efectúe dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto¹⁰⁰. Además, se trata de un plazo que no se interrumpe ni suspende por la interposición de reclamos durante su vigencia¹⁰¹.

⁹⁴ CORDERO 2014.

⁹⁵ Corte Suprema Rol N° 7728-2013.

⁹⁶ Dictámenes N°s 53.290, de 2004, 53.875, de 2009 y 56.880, de 2011, entre otros.

⁹⁷ En efecto, según lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa "[...] los interesados en que la administración invalide un acto que estiman contrario a derecho, deben requerirlo en sede administrativa en el plazo de dos años contados de la publicación o notificación del mismo", en Dictamen N° 3.587, de 2007.

⁹⁸ Dictamen N° 65.936, de 2012.

⁹⁹ Dictamen N° 53.352, de 2015.

¹⁰⁰ Al efecto, véase Dictámenes N° 35.681, de 2009, 77.184, de 2010, 1.088 y 28.097, ambos de 2011.

¹⁰¹ Dictámenes N° 35.486 y 41.126, ambos de 2017, entre otros.

6. La caducidad del permiso

La caducidad es una institución transversal a todo el ordenamiento jurídico y que tiene particular aplicación en el ámbito del Derecho administrativo, aunque bajo su denominación se comprenden figuras diversas¹⁰².

Así, es posible distinguir entre lo que se conoce como caducidad-plazo, que tiene por objeto la consolidación de situaciones jurídicas en el más breve tiempo, ya sea para el ejercicio de acciones, derechos o potestades administrativas, estando estrechamente vinculada con la figura de la preclusión o los plazos fatales¹⁰³. A su vez, también nos encontramos con la caducidad-sanción, que constituye una medida de carácter represivo frente al incumplimiento de un deber y que se traduce en la extinción de un derecho o situación jurídica. Es decir, en este caso estamos frente a un hecho que es tipificado como infracción administrativa, en donde la sanción se traduce en la extinción de una titularidad –en muchos casos de naturaleza administrativa, como una autorización, permiso o concesión– en virtud de una decisión adoptada por la Administración sujeta a un procedimiento previo¹⁰⁴.

Las diferencias en uno y otro caso son evidentes, ya que mientras la caducidad-plazo opera por el solo ministerio de la ley y basta solo constatar el transcurso del plazo; en el caso de la caducidad-sanción se requiere necesariamente de un pronunciamiento de la Administración para determinar el incumplimiento en que ha incurrido una persona, sujeto a un procedimiento previo en el cual se deben respetar las garantías del debido proceso y para determinar si se está ante una conducta culpable.

Respecto del permiso de edificación la legislación urbanística ha establecido un plazo fatal o de caducidad. En efecto, la LGUC dispone que la vigencia, caducidad y prórroga de un permiso, como asimismo los efectos derivados de una paralización de obras o la ejecución de una obra sin permiso, se sujetarán a las normas que señale la OGUC¹⁰⁵. A su vez, dicho cuerpo reglamentario establece que:

“El permiso caducará automáticamente a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si éstas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso. Una obra se entenderá iniciada una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto”¹⁰⁶.

¹⁰² FLORES 2017, 225-249.

¹⁰³ A pesar de que se sostiene que sería una denominación polisémica, lo cierto es que está estrechamente unida al plazo fatal (véase CORDERO 2015, 317), salvo en el caso que se establece como una sanción, para la extinción de determinados derechos o situaciones jurídicas previo incumplimiento de determinados deberes y declaración de la autoridad administrativa.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, 1993, 15 y MADARIAGA, 1993, 10.

¹⁰⁵ Artículo 120 de la LGUC.

¹⁰⁶ Artículo 1.4.17. de la OGUC.

La imposición de esta figura al permiso de construcción se entiende en la búsqueda de un justo equilibrio entre el diseño y formulación de una política urbana y los derechos adquiridos. En efecto, los instrumentos de planificación territorial establecen las condiciones urbanísticas a las cuales deben sujetarse los propietarios al momento de ejercer el *ius aedificandi*. Sin embargo, se trata de normas que están sujetas a constantes modificaciones y cambios, por lo que su mantenimiento mediante el otorgamiento del permiso supone, al mismo tiempo, la carga que se impone al propietario en orden a ejecutar las obras dentro de plazo, so pena de que dicha autorización se extinguirá con el transcurso del tiempo y, en tal supuesto, el derecho a edificar deberá sujetarse a las nuevas normas urbanísticas que surjan de la modificación o la dictación de un nuevo instrumento de planificación.

Conforme a la normativa urbanística, en este caso no cabe duda que estamos ante una caducidad-plazo, pues la propia norma indica que opera de forma "automática". Esto significa que se extingue de forma irrevocable el derecho para edificar conforme a las normas urbanísticas vigentes al momento del otorgamiento del permiso. En todo caso es importante precisar que la caducidad del permiso no afecta la titularidad sobre el derecho de propiedad que se tiene sobre el suelo, pero si pueda significar un cambio en las condiciones urbanísticas previstas en los anteriores instrumentos de planificación y, por tanto, del contenido material del derecho a edificar contenidos en ellos.

Por su parte, para el computo de este plazo existen dos supuestos que marcan su el día a *quo*: a) el inicio de las obras, y b) la paralización de las mismas. A su vez, se entiende que tiene lugar el inicio de las obras una vez realizados los trazados y comenzadas las excavaciones contempladas en los planos del proyecto.

A este respecto la Contraloría ha señalado que, cumplidos los supuestos pertinentes, la caducidad de los permisos opera de manera automática, sin necesidad de un acto administrativo que la establezca, pero aquello no exime del deber que le asiste a la DOM, en orden a resolver, de manera precisa, la problemática que ha sido sometida a su conocimiento, conforme al principio conclusivo, consagrado en el artículo 8° de la LBPA¹⁰⁷. A su vez, se ha insistido en que la acreditación del inicio de las obras y su realización es un elemento de carácter material que requiere ser probado, no siendo suficiente como prueba los actos formales y de carácter administrativo. Así, se ha señalado que la emisión de actos administrativos tales como aprobación de nuevos propietarios, de modificaciones y de subdivisiones no pueden constituir un antecedente suficiente para definir la concurrencia de un supuesto que dice relación con un aspecto material, vinculado a la ejecución de las obras¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Dictámenes N°s 35.166, de 2010; 40.981, 51.178 y 73.004, todos de 2015.

¹⁰⁸ Dictámenes N°s 95.979, de 2014 (ratificado y complementado por el dictamen N° 40.981, de 2015); y 51.178, de 2015.

La Corte Suprema ha ido un poco más lejos, y ha señalado que el acto administrativo que se pronuncia sobre la caducidad es una certificación o constancia, pues la autoridad solo se limita a constatar el plazo contemplado en el artículo 1.4.17 de la OGUC. Aún más, se afirma que esta resolución no requiere de un procedimiento administrativo previo para establecer la caducidad, pues opera automáticamente o de pleno derecho. Por tal razón, además, no estaría sujeto a las garantías del debido proceso administrativo “toda vez que no existe un procedimiento para declarar la caducidad, en el que la actora pudiera hacer efectiva defensas, sino que aquella solo es constatada por la autoridad”¹⁰⁹. Por nuestra parte, no compartimos dicha conclusión, porque es evidente que la declaración de caducidad da lugar a un acto desfavorable y que exige de una serie de antecedentes que solo se encuentran en poder del titular del proyecto, quien tiene un interés manifiesto que exige su intervención en el procedimiento administrativo, considerando las normas que garantizan el debido proceso administrativo (artículos 10, 17 y 21 LBPA).

Por último, debemos también comentar dos puntos relevantes en esta materia y que han dado también a una jurisprudencia de interés.

En primer término, se encuentran los proyectos desarrollados por etapas, pues el inicio de las obras puede comprender la etapa inicial o el conjunto de todas ellas. En tal sentido, la Contraloría ha señalado que en estos casos es condición necesaria realizar el trazado de todo el terreno que den cuenta, al menos de los ejes de pilares, muros y fundaciones¹¹⁰. Sin embargo, este criterio fue revisado por la Corte Suprema, que sostuvo que para suspender el plazo de caducidad en un proyecto de construcción por etapas es suficiente que se hubieren iniciado las obras en solo una de las torres proyectadas, y no respecto de todo el proyecto inmobiliario, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.4.7 de la OGUC¹¹¹.

En segundo lugar, se ha discutido el problema del plazo de caducidad y su posible suspensión. En efecto, desde el punto de vista dogmático se ha sostenido que, dada su naturaleza y función, el plazo de caducidad no admite suspensión ni interrupción. Sin embargo, en muchos casos la dilación en el inicio de las obras no es imputable al titular del proyecto, sino que a actos que provienen de la propia autoridad administrativa o judicial. Es así como la Corte Suprema ha sostenido que, no siendo atribuible a la reclamante la demora en la ejecución del proyecto, los hechos que suponen la paralización

¹⁰⁹ Corte Suprema Rol N° 29.946-2018, considerando 13°. En la misma línea, Corte Suprema Rol N° 37.170-2017, considerando 21°.

¹¹⁰ Dictamen N° 25.188-2018. En un sentido similar, Sentencia de Corte Suprema Rol N° 13.205-2018: “Resulta indispensable que el trazado se haya efectuado sobre el suelo tal y como aparece en los planos, de manera que la realización de algunas marcas o el señalamiento de algunos hitos resulta del todo insuficiente para satisfacer la exigencia de la mencionada norma”.

¹¹¹ Corte Suprema Rol N° 29.614-2019.

por acto de autoridad no se encuadran en la caducidad¹¹², es decir, se admite su suspensión. En este caso, la jurisprudencia en alguna medida muta la naturaleza de esta figura, pues la considera como una sanción que se produce por un hecho que no es atribuible al titular del proyecto, por lo que no es posible sostener respecto de su conducta u omisión un juicio de reproche. En nuestra opinión, este es el criterio que debiera orientar la institución de la caducidad y que le da sentido a su existencia, es decir, pasar desde una caducidad-plazo a una caducidad-sanción, pues esta institución debe representar un mecanismo de disuasión que tenga por objeto castigar al titular de proyecto que no ha sido diligente o, en su caso, no ha materializado un proyecto, no asumiendo las cargas urbanísticas que se le exigen. Por ahora, estamos frente a una figura de naturaleza mixta, en donde cumple la función de una caducidad plazo, que opera por el solo ministerio de la ley, salvo en los casos que el inicio o paralización de la obra no sea imputable, por acto de autoridad, al titular del proyecto. A su vez, y como hemos indicado, necesariamente debe existir un procedimiento previo para declarar la caducidad, en concordancia con el principio del debido procedimiento administrativo que ha reconocido ampliamente la jurisprudencia constitucional, haciendo aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución¹¹³.

7. Los medios de impugnación

El último de los aspectos en que se ha coordinado el Derecho administrativo general con el Derecho urbanístico ha sido respecto del régimen de impugnación y el contencioso administrativo, al punto de lograr una plena integración que lleva a sostener que los medios de impugnación de un permiso de construcción siguen, en su clasificación, el criterio general de impugnación de los actos administrativos, distinguiendo entre los recursos administrativos y jurisdiccionales.

La ausencia de una jurisdicción administrativa ha incidido en la precaria construcción del Derecho administrativo en Chile durante largas décadas, hasta que no se perfila con toda nitidez el reconocimiento del control judicial pleno respecto de los actos de la Administración y el diseño de un conjunto de acciones administrativas destinadas a velar por la legalidad de su actuar, la responsabilidad patrimonial y el respeto de los derechos de las personas frente al ejercicio abusivo del poder público.

En los sistemas jurídicos occidentales, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional, esto es, el ejercido

¹¹² Corte Suprema Rol N° 16.238-2019, considerando 15°. Es posible encontrar precedentes en el Dictamen N° 84.791, de 2015, de Contraloría, así como en la sentencia de la Corte Suprema. Rol N° 6969-2012, en la cual se señala que: "El plazo de caducidad no puede incluir el tiempo en que las obras permanecieron paralizadas por orden de la autoridad edilicia, esto es, entre la fecha en que se dictan los respectivos actos revocatorios y aquella en que se dicta el cúmplase en los reclamos de ilegalidad [...]".

¹¹³ Tribunal Constitucional Rol N° 437, considerando 17°.

por los órganos integrantes del Poder Judicial. Nuestro texto constitucional consagra este principio en dos capitales preceptos:

a) De una parte, en su vertiente objetiva, el principio se consagra en el artículo 76, al disponer que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”; y que en el ámbito específico de la Administración se complementa por lo dispuesto en el artículo 38 inciso segundo en los términos siguientes: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

b) De otra, la vertiente subjetiva de este sometimiento al control judicial viene establecida en el artículo 19 N° 3, que lo concibe como un derecho fundamental, al disponer que se asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

Esto debe ser complementado con el sistema de recursos administrativos que establece nuestro ordenamiento, que con carácter general reconoce recursos ordinarios (reposición y jerárquico, artículo 59 de la LBPA); recurso extraordinario de revisión (artículo 60 de la LBPA), y recursos administrativos regulados por leyes especiales, junto a un sistema general de coordinación entre los recursos administrativos y jurisdiccionales que se construye sobre una opción en favor del recurrente, aunque evitando las vías paralelas (artículo 54 de la LBPA).

En materia urbanística tenemos un sistema especial de recursos administrativos y judiciales, contenido en la LGUC y la LOCM, sin perjuicio de la aplicación del régimen general de coordinación previsto en el ya citado artículo 54.

En efecto, en sede administrativa la LGUC establece un recurso especial para impugnar los actos del DOM ante la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, conforme lo establece el artículo 118 de la LGUC. De acuerdo con la jurisprudencia, estamos ante un recurso administrativo especial de tutela, considerando que no existe entre la DOM y la SEREMI una relación de subordinación o dependencia¹¹⁴. Sin embargo, hasta hace poco tiempo no había claridad respecto de la vía jurisdiccional que se debía seguir, ya sea mediante la acción de nulidad de derecho público o el contencioso especial contenido en el artículo 151 de la LOCM.

En este caso, la Corte Suprema ha aplicado un criterio general respecto de la procedencia de la acción de nulidad de derecho público, sosteniendo

¹¹⁴ Corte Suprema Rol N° 9969-2015, considerandos 15° a 18°.

que la existencia de un contencioso administrativo especial inhibe el ejercicio de dicha acción¹¹⁵, es decir, al existir vías específicas de reclamación contra el acto impugnado, deben prevalecer dichos procedimientos antes que el ejercicio de la acción genérica de nulidad de derecho público, siendo plenamente aplicable en estos caso, al existir el reclamo de ilegalidad municipal¹¹⁶.

Luego, en sede jurisdiccional se ha reconocido la compatibilidad que tiene la norma del artículo 118 de la LGUC con el reclamo de ilegalidad municipal previsto en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades¹¹⁷. Así, la Corte Suprema ha señalado que:

“[...] un correcto análisis normativo permite concluir que los actos del Director de Obras son reclamables por una doble vía: a) Administrativa ante el Seremi de Vivienda y Urbanismo respectivo a través del ejercicio de la acción de los artículos 12 y 118 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; y b) Jurisdiccional, que se inicia con una etapa administrativa previa ante el Alcalde y culmina con la presentación del reclamo en sede judicial conforme lo establece el artículo 151 de la Ley N° 18.695. [...] Así, el afectado por lo resuelto por un Director de Obras se enfrenta a la posibilidad de iniciar dos reclamos, no estando obligado a optar por alguno de ellos, pues se trata de dos acciones, una claramente jurisdiccional, que corresponde a aquella intentada en autos, y otra administrativa, sin que una de ellas excluya a la otra, por lo que ninguna de las dos autoridades puede negarse a conocer de la que se dedujo, pudiendo incluso ambas resolver lo que sea pertinente en derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento administrativo”¹¹⁸.

En definitiva, el régimen de impugnación en materia urbanística se ha adaptado a las exigencias constitucionales de control y tutela judicial efectiva, mediante una interpretación armónica que ha hecho la jurisprudencia para coordinar los medios de impugnación administrativos previstos en la LGUC, con la legislación municipal y la legislación administrativa general, estableciendo un sistema coherente y ordenado.

Conclusiones

El desarrollo del trabajo nos permite concluir que siendo el permiso de construcción una institución propia y característica del Derecho urbanístico, su análisis y aplicación práctica aporta elementos de interés al Derecho administrativo general, confiriéndole una notable dinámica a la teoría del acto administrativo. Además, nos permite poner a prueba las formulaciones y

¹¹⁵ Corte Suprema Roles N° 5376-2009, 8246-2009, 7750-2011 y 8742-2014.

¹¹⁶ Corte Suprema Rol N° 34.277-2017, considerando 10°. También se ha dicho en los Roles N° 3.412-2015, N° 23.587-2015, N° 17.405-2016 y N° 35.585-2016.

¹¹⁷ Corte Suprema Rol N° 1669-2015.

¹¹⁸ Corte Suprema Rol N° 9969-2015, considerando 15°.

conceptos generales de la doctrina, planteando cuestionamientos no menores a figuras tan centrales como la autorización administrativa y la supuesta existencia de un derecho preexistente, frente a la patrimonialización de situaciones jurídicas que el acto implica en sí mismo.

Por otra parte, el peso de la legalidad urbanística y la configuración del contenido material del derecho de propiedad sobre el suelo, no hacen sino reforzar la necesidad de contar con un análisis del permiso de construcción que permita sistematizarlo y comprenderlo dogmáticamente dada la importancia vital que tiene como el último eslabón en el tracto de decisiones públicas que debe adoptar la autoridad respecto de la ordenación racional del suelo y de su materialización efectiva.

También se debe reconocer que algunos de los problemas estructurales de nuestro sistema también llegan a este nivel, como ocurre con la justicia administrativa, pero que en materia urbanística ha encontrado soluciones interesantes que, en buena medida, han superado la superposición de autoridades que deben emitir actos de adjudicación en estas materias.

En definitiva, queda demostrado que el permiso de construcción como acto administrativo ha sido una de las instituciones que más ha enriquecido el Derecho administrativo general en la formulación de criterios de solución en las relaciones jurídico-administrativas, así como de integración de vacíos, lo que necesariamente se ha proyectado en las autoridades, funcionarios, jueces y juristas que aplican de forma cotidiana la legislación administrativa general.

Bibliografía citada

- ANSCHUETZ, G. (1929). *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar fuer Wissenschaft und Praxis* (10 edición). Stilke.
- ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. UNAM.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. *La caducidad en el Derecho Administrativo Español*, Montecorvo.
- BERTHELMY, H. (1913). *Traite elementaire de Droit administratif* (7ª edición). Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence.
- BOETTIGER, Camila (2009). "El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística". *Actualidad Jurídica*, 19, pp. 309-326.
- BONNARD, R. (1943). *Précis elementaire de Droit administratif* (4ª edición). Librairie Generales de Droit et de Jurisprudence.
- BRAHM GARCÍA, E. (1992). "La propietarización de los derechos en la Alemania de entreguerras". *Revista Chilena de Derecho*, 19(3), 411-414.
- CAMACHO, G. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo IV). Abeledo Perrot.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2012). *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. La Ley.
- CORDERO VEGA, L. (29 de octubre de 2014). Recursos administrativos e invalidación. *Mercurio Legal*.
- _____ (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- CORDERO, E. (2008). "El Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad". *Nomos* (2), pp. 91-112.
- _____ (2015) "Naturaleza, contenido y principios del Derecho urbanístico chileno". *Revista de Derecho* (Coquimbo), 22 (2), 92-138.
- _____ (2017). "La formación del Derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al Derecho urbanístico integrado". *Revista de Derecho* (Valdivia), 1(1), jun. 2017, 127-152.

- DESIDENTADO, Eva (1999). *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*. Aranzadi.
- DÍAS DE VALDÉS, J. y ENTEICHE, N. (2015). "La estabilidad de los actos administrativos urbanísticos". *Revista Actualidad Jurídica*, (31), enero, 235-266.
- DUGUIT, León (1923). *Traite de Droit constitutionnel* (Tomo III) (10ª ed.). Ancienne Librairie Fontemoing & Cia.
- FIGUEROA VELASCO, P. y FIGUEROA VALDÉS, J. (2016). *Urbanismo y Construcción* (2ª ed.). Legal Publishing.
- FLORES, Juan Carlos (2017). "La caducidad de los actos administrativos". *Revista de Derecho, Valdivia* (XXX), N° 2, pp. 225-249.
- FORSTHOFF, E. (1954). *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (4 ed.). C. Beck.
- FUENTES OLMOS, J. (1997). *El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena (1981-1996)*. [Memoria de Prueba, Universidad Católica de Valparaíso].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2002). "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador". *Revista de Administración Pública*, (159), pp.173-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008a). *Curso de Derecho Administrativo*, (T. 1) (14ª ed.), Thomson Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008b). *Curso de Derecho Administrativo*, (T. 2) (11ª ed.), Thomson Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L. (1981). *Lecciones de Derecho urbanístico*. Civitas.
- GARRIDO FALLA, F. (1959). "Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativa". *Revista de Administración Pública*, (28), 25-20.
- _____. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. II) (11ª ed.). Tecnos.
- GIESE, F. (1921). *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919: Taschenausgabe fuer Studium und Praxis* (6 ed.). Heymann.
- GUZMÁN BRITO, A. (1995). *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo*. Editorial Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1989). *Los derechos reales administrativos*. Civitas.
- _____. (2004). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas.
- HAURIU, M. (1908). Arrêt del Conseil d'Éta. Ministerio de Comercio con Ferrocarriles de Orleans. *Recueil général des lois et des arrêts: en matière civile, criminelle, commerciale, administrative et de droit public*, 01 janvier 1908, III partie, 65-67.
- HOFACKER, W. (1926). *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*. Kolhammer.
- HUNTER AMPUERO, I. (2014). "Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos". *Revista Derecho* (Valdivia), 27(2), 191-215.
- LETELIER, Raúl (2014). "Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos". *Revista Chilena de Derecho*, (41) N° 2, pp. 609-634.
- MADARIAGA, M. (1993). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI* (2ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2016). "Regulación y confianza legítima". *Revista de Administración Pública*, (200), pp. 141-172.
- PAPIER, H. J. (2009). Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1. En T. Maunz; G. Dürig y R. Herzog, *Grundgesetz Kommentar* (53ª ed.) (pp. 11-17). Beck.
- PARADA, R. (2013). *Derecho Administrativo. Bienes públicos. Derecho urbanístico*. Open (Tomo III) (14ª ed.).
- PAREJO, L. (coord.) (2008). *Manual de Derecho Administrativo* (T. II) (5ª edición). Ariel.
- PAREJO, L. (2010). *Derecho Administrativo* (10 ed.). Tirant Lo Blanch.
- PAREJO, L. (1996). Algunas reflexiones sobre las cuestiones básicas del régimen jurídico del subsuelo. *Ciudad y Territorio* (109), pp. 387-402.
- PAREJO, L. (2017). "La ordenación territorial y urbanística en el período 2007-2017". *Práctica Urbanística* (146), pp. 1-23.
- PIERRY ARRAU, P. (2017). *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

- POETSCH-HEFFTER, F. (1928). *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11 August 1919. Ein Handbuch für Verfassungsrecht und Verfassung Politik*. Liebmann (3ª ed.).
- RAJEVIC, E. (2004). "El permiso de construcción como acto administrativo". AAVV, *Acto y procedimiento administrativo* (pp. 183-208). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General* (T II) (4ª edición). Iustel.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984). "Los derechos adquiridos en el Derecho público chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 81(1), primera parte, 13-15.
- _____ (1988) "La invalidación de los actos administrativos en el Derecho chileno", en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, 85 (3), pp. 157-167.
- _____ (1991). "Comentario sentencia de protección Díaz Maliqueo". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo II (2), segunda parte, sección quinta, 192-195.
- _____ (1995). *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (Tomo II). Editorial Jurídica de Chile.
- TRIEPEL, H. (1924). *Goldbilanzverordnung und Vorzugaktien*. De Gruyter.
- VALDIVIA, J. (2016). "Actos administrativos y responsabilidad del Estado". J. FERRADA, J. BERMÚDEZ y O. URRUTIA, *Doctrina y enseñanza del Derecho administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrua* (pp. 477-508). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- VALENZUELA PARAVIC, P. (1989). *Aspectos jurídicos del Permiso de Edificación Municipal* [Memoria de Prueba, Universidad Católica de Valparaíso].
- VALENZUELA PARAVIC, P. (1991-1992). "Las acciones contenciosas derivadas del permiso de edificación municipal". *Revista de Derecho* (Valparaíso), (14), 97-124.
- VERGARA BLANCO, A. (1991). "La propietarización de los derechos". *Revista de Derecho*, Valparaíso, (14), pp. 281-291.
- VERGARA BLANCO, A. (1992). *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático*, Editorial Jurídica de Chile.
- ZANOBINI, G. (1958). *Corso di Diritto amministrativo* (5ª ed.). Giuffrè.

Normativa citada

- Decreto N° 100 de 2005 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005.
- Decreto N° 458 de 1975 [con fuerza de Ley]. Aprueba la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975. D.O. N° 29.431.
- Decreto N° 47 de 1992 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Fija el nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 16 de abril de 1992.
- Ley N° 18.575 de 1986. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. N° 32.640.
- Ley N° 18.695 DE 2006. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. N° 38.523.
- Ley N° 18.883 de 1989. Aprueba el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales. 15 de diciembre de 1989. D.O. N° 33.557.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.

Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.589, de 1957.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.506, de 1971.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.868, de 1981.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.057, de 1983.
- Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 4.073-1998, 30 diciembre 1998.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 47.073, de 1998.
 Corte de Apelaciones de Santiago. Sala. Rol N° 1.190-99, 3 agosto 1999.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 5.888, de 1999.
 Corte Apelaciones de Antofagasta. Sala. Rol N° 12.447, 14 agosto 1999 [confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 3.022-1999, 13 septiembre 1999].
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 40-2000, 20 enero 2000.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.310, de 2000.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 44.492, de 2000.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.735, de 2000.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.936, de 2001.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.132, de 2001.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 31.636, de 2001.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.252, de 2001.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.046, de 2001.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.624, de 2001.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.308, de 2002.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.500, de 2002.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.272, de 2002.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 3.104-2002, 24 septiembre 2003.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.447, de 2004.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 53.290, de 2004.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 1123-2005, 29 de diciembre de 2005.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.305, de 2006.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 29.192, de 2006.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 32.357, de 2006.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 33.451, de 2006.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 3.604-2005, 16 de mayo 2006.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 239-2006, 28 febrero 2006.
 Tribunal Constitucional. Rol N° 505-2006, 6 marzo 2007.
 Tribunal Constitucional. Rol N° 506-2006, 6 marzo 2007.
 Tribunal Constitucional. Rol N° 698-2006, 19 septiembre 2007.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.587, de 2007.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.201, de 2007.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.630, de 2007.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.238, de 2007.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.695, de 2008.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 13.522, de 2008.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 48.334, de 2008.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.531, de 2008.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 8.221, de 2009.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.681, de 2009.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.681, de 2009.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.681 de 2009.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 53.875, de 2009.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 32.639 de 2010.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.166, de 2010.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 56.001, de 2010.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 77.184, de 2010.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 4383-2008, 19 mayo 2010.
 Corte Suprema, Rol N° 4384-2008, 19 de mayo de 2010.
 Tribunal Constitucional. Rol N° 1309-2010, 20 abril 2010.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 5.370-2009, 15 julio 2011.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 2.217-2009, 9 de agosto de 2011.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 5.376-2009, 12 septiembre 2011.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 7.750-2011, 7 noviembre 2011.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.008, de 2011.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 1.088, de 2011.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 28.097, de 2011.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 56.880, de 2011.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.211, de 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 73.224, de 2011.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 77.490, de 2011.
 Corte Suprema. Sala. Rol N° 8.247-2009, 20 enero 2012.
 Corte Suprema. Sala. Rol N° 6.969-2012, 26 noviembre 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.891, de 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.377, de 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.211, de 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 65.936, de 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 80.449, de 2012.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.436, de 2013.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 62.168, de 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 274-2010, 30 enero 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 3.918-2012, 2 mayo 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 9.433-2011, 29 mayo 2013
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 377-2012, 18 noviembre 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 57-2011, 20 noviembre 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 7.728-2013, 20 noviembre 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 11.216-2011, 10 de enero de 2013
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 274-2010, 20 de enero de 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 5.080-2011, 14 enero 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 5815-2011, 26 de marzo de 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 9.433-2011, 29 mayo 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 3.918-2012, 2 mayo 2013.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 377-2012, 18 noviembre 2013.
 Tribunal Constitucional. Rol N° 2.299-12, 29 enero 2014.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 3.078-2013, 31 enero 2014.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 8.742-2014, 3 julio 2014.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 16.706-2014, 10 diciembre 2014.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 23.766-2014, 22 diciembre 2014.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 78, de 2014.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.344, de 2014.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 59.619, de 2014.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 93.083, de 2014.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 95.979, de 2014.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 5.815-2011, 26 marzo 2015.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 32.091-2014, 30 marzo 2015.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 1.555-2015, 2 abril 2015.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 2.614-2015, 16 junio 2015.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 2.850-2015, 25 junio 2015.
 Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 1669-2015, 26 noviembre 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 16, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 21.213, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.573, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.981, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.981, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 46.044, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 51.178, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 53.352, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 73.004, de 2015.
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 84.791, de 2015.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 96.740, de 2015.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 9.969-2015, 17 mayo 2016.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 47.610-2016, 4 de octubre de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.501, de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 12.926, de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.217, de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 89.856, de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 92.304, de 2016.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.992, de 2017.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.486, de 2017.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 41.126, de 2017.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 43.367, de 2017.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 44.959, de 2017.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 25.784-2016, 9 mayo 2017.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 5980-2017, 18 diciembre 2017.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 15561-2017, 27 diciembre 2017.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 7.992, de 2017.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.188-2018.
Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.918, de 2018.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 34.277-2017, 7 marzo 2018.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 37.170-2017, 21 de junio de 2018.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 13.205-2018, 30 agosto 2018.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 4.163-2018, 13 enero 2020.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 16.238-2019, 24 enero 2020.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 29.946-2018, 15 abril 2020.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 31-814-2018, 15 abril 2020.
Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 29.614-2019, 7 agosto 2020.

Del paradigma del control al paradigma del riesgo en la prestación de servicios sanitarios en España y Chile

From the paradigm of control to the paradigm of risk in the provision of sanitarian services in Spain and Chile

Luis Alfonso Herrera Orellana*

El trabajo estudia las diferencias entre el paradigma del control y el paradigma del riesgo en el derecho administrativo a partir de la normativa rectora de los servicios sanitarios en España y Chile, y propone la aplicación integral del paradigma del riesgo en los servicios sanitarios del país.

The work studies the differences between the control paradigm and the risk paradigm in administrative law based on the governing regulations for sanitarian services in Spain and Chile and proposes the comprehensive application of the risk paradigm in the country's sanitarian services.

Palabras clave: control, riesgo, Estado garante, servicio público, servicios sanitarios.

Keywords: control, risk, guarantor state, public service, sanitarian services.

Introducción

La ocurrencia en los últimos años, en diferentes regiones de Chile, de casos de interrupción o suspensión de servicios sanitarios como el suministro de agua potable, como el ocurrido en Osorno en julio de 2019¹, ha dado lugar a relevantes discusiones en el ámbito jurídico, vinculadas con el régimen aplicable a la prestación de los servicios sa-

* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Cursante del programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Los Andes, Chile. Dirección postal: Dublé Almeida 1880, 162, Ñuñoa, Santiago de Chile. Correo electrónico: laho76@gmail.com.

¹ Véase el editorial dedicado al caso "Responsabilidades en caso ESSAL", publicado en La Tercera el 03.08.19. <https://bit.ly/39vKVAd>.

Artículo recibido el 23 de enero de 2021 y aceptado el 29 de mayo de 2021.

RESUMEN / ABSTRACT

nitarios en Chile, y de forma más general, con la regulación de los servicios públicos en el país.

La circunstancia señalada ha generado, de parte de la institucionalidad vigente y la dogmática administrativa, respuestas previsibles, que van de la aplicación de sanciones desde diferentes ordenamientos sectoriales, generadoras de tensiones con el principio del *non bis in idem* y la garantía de la propiedad privada, hasta considerar la posibilidad de declarar la caducidad de la concesión con base en la cual se presta el servicio, a fin de sustituir al proveedor responsable de la falta de continuidad o de calidad de la prestación.

Asimismo, ante las interrupciones y deficiencias atribuibles a algunos grupos intermedios o proveedores privados de servicios sanitarios, se han propuesto, por ejemplo, en las XVI Jornadas de Derecho Administrativo celebradas en octubre de 2020², modificaciones a la regulación actual que incluyan: a) fortalecer la potestad sancionatoria, ampliando y agravando las sanciones aplicables a los proveedores, b) reservar y atribuir a las Municipalidades la titularidad del servicio para encomendarles su gestión directa, y c) reinterpretar la naturaleza de la caducidad de la concesión y simplificar el procedimiento para su aplicación, para excluir a los proveedores fallidos con más prontitud, sin tener que cumplir con todas las garantías de un procedimiento sancionatorio.

Incluso antes de las referidas Jornadas, ya se había planteado: d) aplicar íntegramente el régimen concesional, para así incluir tanto el rescate de la concesión como la reversión de bienes al pasar a estar limitadas en el tiempo dichas concesiones³, y e) fortalecer, en definitiva, el control y poder de sanción, más que la direccionalidad, de la Administración sobre la gestión del servicio, sobre todo en los casos en que éste es prestado por privados⁴.

Ahora bien, ¿han sido medidas como las antes mencionadas las que han adoptado en otros países para asegurar un incremento de la continuidad, universalidad y calidad de los servicios públicos en general, y de los servicios sanitarios en particular?

La respuesta es negativa, en tanto que las medidas previamente mencionadas son expresión de una comprensión o paradigma del derecho administrativo que enfrenta serias dificultades para brindar a la Administración Pública y a los privados que realizan actividades de interés general herramientas para enfrentar con éxito las problemáticas que deben enfrentar, tal y como lo exponen Beck en el ámbito de las ciencias sociales⁵, y Schmidt-Assman⁶ y Esteve en el ámbito del derecho administrativo⁷.

² Las ponencias en que fueron planteadas las alternativas que se mencionan de seguidas pueden consultarse en línea en la página de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile, en la dirección: <https://www.adad.cl/proximas-jornadas>.

³ MOLINA 2017, 89 y ss.

⁴ PERALTA 2006, 164.

⁵ BECK 2002, 85 y ss.

⁶ SCHMIDT-ASSMAN 2012, 34 y ss.

⁷ ESTEVE 2015a, 97.

Ese paradigma, surgido durante la *primera modernidad* en términos de Beck, ha sido denominado por la doctrina más reciente dedicada al tema⁸ como el *derecho administrativo del control* (en lo que sigue, paradigma del control), bajo el cual el Estado es titular, prestador, planificador y conductor tanto de los servicios públicos como de la economía en general, especialmente de las actividades de interés general.

Como lo explica Rojas, el paradigma del control es:

(...) el modelo usado tradicionalmente para todo ello, bajo los criterios regulares de fórmulas explicativas e instrumentales basados en el control (...) se basaba en una separación fundamental: por un lado estaba el Estado con la suma de los poderes públicos, y por el otro, los individuos que individual o conjuntamente –la Sociedad– se defendía de esos poderes ejerciendo sus derechos subjetivos; y buena parte de las instituciones de control se explican a partir de esta perspectiva: la acción de nulidad, de exceso de poder, de responsabilidad, entre otras⁹.

Sin embargo, los países con mejor desempeño en el ámbito de los servicios públicos, incluidos los servicios sanitarios, como pueden ser Inglaterra y Alemania, desde fines del siglo XX han venido ajustando sus marcos normativos y prácticas institucionales a un nuevo paradigma que cabe denominar *derecho administrativo del riesgo* (en lo que sigue, paradigma del riesgo).

Este último procura dotar a la Administración Pública de potestades y técnicas para identificar, regular y contribuir con los privados en la gestión de los riesgos derivados del progreso tecnológico, ahora bajo las preocupaciones propias de la llamada, también por Beck, *segunda modernidad* o modernidad reflexiva¹⁰.

Siguiendo de nuevo a Rojas, se trata de un "(...) Derecho Administrativo de la 'luz verde', enfocado en el efectivo, apropiado y oportuno diseño y ejecución de las políticas públicas regulatorias y de servicio público"¹¹.

Centrado en la distinción entre peligros y riesgos, así como en la diferenciación de los riesgos intolerables y los riesgos aceptados¹², el paradigma del riesgo plantea también la necesidad de innovar el rol del Estado, proponiendo así más que una evolución del Estado social, la configuración de un *Estado garante*¹³.

⁸ ROJAS 2019a, 10 y ss.

⁹ *Ibidem*, 56.

¹⁰ ESTEVE 2015a, 98.

¹¹ ROJAS 2019a, 63.

¹² ESTEVE 2018, 361 y ss.

¹³ "El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes. (...) El Estado garante tiene, pues, ante sí el reto de mantener los fines sin disponer de los medios. El Estado garante no asume así una responsabilidad de prestación, entre otras razones porque ha perdido buena parte de sus posiciones e instrumentos, sino una responsabilidad de garantía de esas prestaciones. El Estado garante se

Bajo el nuevo paradigma, se plantea asumir la gestión de los riesgos tolerables mediante una metodología direccional, basada en indicadores empíricos adoptados a través de una regulación horizontal, que supone la participación constante de los grupos intermedios sujetos a verificación¹⁴.

Si bien los casos de Reino Unido¹⁵, Nueva Zelanda¹⁶ y Alemania¹⁷ son algunos de los más destacados en la aplicación del paradigma del riesgo, decidimos tomar como referencia extranjera, a España y su régimen de los servicios sanitarios, por dos motivos específicos. Primero, porque en dicho país se emplea, igual que en Chile, la concesión para habilitar la prestación de estos servicios, con la diferencia de que en España es una actividad reservada y en Chile no; y, segundo, porque en Hispanoamérica se suele invocar con frecuencia el derecho español como ejemplo a seguir para la mejora de las instituciones jurídicas internas. Sin embargo, el análisis aquí desarrollado mostrará la necesidad de tener cautela, al menos en materia de servicios sanitarios, al buscar en el derecho español fórmulas de mejora al derecho chileno.

A la luz de lo señalado, este trabajo, en primer lugar, describe de forma sucinta la situación en España y Chile de la prestación de los servicios públicos bajo el paradigma del control, y en particular en el ámbito de los servicios sanitarios, sector que se analiza en sus aspectos generales por ser un ámbito idóneo para adoptar cambio de paradigma apropiado para enfrentar las dificultades que ha presentado en años recientes en el país; en segundo lugar, describe el impacto que en España, por influencia del derecho comunitario europeo¹⁸, y en Chile¹⁹ está generando la aún incipiente adopción del paradigma del riesgo en la prestación de servicios públicos, en especial en la prestación de los servicios sanitarios, y, en tercer lugar, expone el impacto favorable que tendría el asumir en Chile el paradigma del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios.

I. La prestación de los servicios públicos, y en particular de los servicios sanitarios, bajo el paradigma del control

1. Premisas básicas del paradigma del control

El paradigma del control, como ya se adelantó, deriva de las ideas de la llamada primera modernidad, época dominada por un profundo sentimiento de confianza en el progreso humano, apoyado en los avances científicos y el

presenta, así como alternativa al Estado prestacional, pero con el mismo objetivo de realización del Estado social". ESTEVE 2015b, 21.

¹⁴ BARNES 2012, 308 y ss.; ESTEVE 2015b, 26 y ss.

¹⁵ ESTEVE 2015b, 37.

¹⁶ ARANCIBIA 2012, 271 y ss.

¹⁷ ESTEVE 2012, 34 y ss.

¹⁸ ESTEVE 2015c, 31 y ss.

¹⁹ ROJAS 2019b, 126 y ss.

proceso de industrialización, y que puede situarse entre inicios del siglo XIX y la segunda mitad del siglo XX²⁰.

Según Beck²¹, lo característico de ese período es la convicción de que el ser humano puede mejorar sus condiciones de vida de forma constante y lineal, vía *individualización*, sin intermitencias ni fallos en el proceso de mejoramiento, gracias a las capacidades de control y planificación adquiridas sobre la naturaleza y la sociedad, respectivamente.

Tales ideas se manifestarán de forma muy nítida en el campo jurídico, y en especial en el derecho público de los países de Europa continental y, luego de las independencias, de los países hispanoamericanos, centrados en lograr controlar el poder administrativo²².

Acaso la más directa manifestación de tal influencia en el ámbito político y jurídico será la asunción por parte del Estado, como titular, de una serie de servicios que en tiempos previos a la primera modernidad prestaban particulares, a través de grupos intermedios, siendo la justificación de esa medida la urgencia de satisfacer necesidades públicas vinculadas a tales servicios y hacerlo de forma continua y con acceso universal²³.

Así, durante la primera modernidad, se asumió casi sin disenso que el Estado, a través de la conducción de la Administración Pública, estaba en mejor posición que los grupos intermedios de asegurar tales servicios al conjunto de la población, por estar dicha organización política en dominio de los avances científicos y de los aportes de la industrialización, subordinados ambos a la satisfacción de intereses generales.

En tal contexto, como se ha explicado en múltiples trabajos dedicados al tema, surgió la teoría del servicio público, conforme a la cual se expone que la principal causa de existencia del Estado es la prestación de servicios públicos, bajo principios y reglas del derecho público excluyentes del derecho privado, a fin de satisfacer de forma continua y universal las necesidades públicas así calificadas por la legislación²⁴.

Bajo su cobertura, las incipientes actividades de prestación, como el suministro de agua, de recolección y disposición de aguas servidas y de alcantarillado (en lo que sigue, servicios sanitarios), entre otras, pasaron de ser actividades privadas con poca o ninguna presencia estatal, a ser actividades de titularidad estatal con ninguna o muy restringida participación privada²⁵, por ejemplo, vía concesión de servicio público.

²⁰ ESTEVE 2015a, 97

²¹ BECK 2002, 108 y ss.

²² MONTT 2010, 7-9.

²³ ROJAS 2014c, 174 y ss.

²⁴ ESTEVE 2015a, 102-103.

²⁵ Como se muestra, para el caso de España, en MATÉS 2017.

Del mismo modo, pasaron dichas actividades de prestarse a través de la gestión privada de forma intermitente y desigual, a estar obligadas a prestarse a través de la gestión estatal de forma continua y universal, con las inevitables diferencias que puedan encontrarse en el cumplimiento de tales obligaciones de un país a otro.

A partir de la confianza en la capacidad de control y prestación por el Estado de los servicios públicos, resultó inevitable que, durante el largo período de predominio del paradigma del control en el derecho administrativo, en éste se asumieran de forma pétrea dos premisas centrales.

En primer lugar, la primacía de la Administración Pública frente a los grupos intermedios para tutelar el interés público y prestar de forma directa servicios dirigidos a satisfacer necesidades públicas así calificadas por la ley, mediante el empleo de técnicas y potestades tales como la reserva, la autotutela, la planificación y la sanción.

Y, en segundo lugar, el control de legalidad formal de la actividad administrativa como máxima prioridad de la disciplina, orientado a corregir el exceso de poder de la autoridad al ejercer las técnicas y potestades mencionadas, pero sin evaluar, controlar y cuestionar sus razones de fondo para decidir en casos concretos²⁶.

Tales premisas, como se expondrá en el capítulo II de este trabajo, han experimentado un importante debilitamiento a partir de la década de los años 80 del siglo XX, a tal punto que al menos la primera de ellas, en muchos países de Europa continental²⁷ y en no pocos de Hispanoamérica²⁸, han sido abandonadas casi por completo.

Sin embargo, tal y como lo muestra el sector de los servicios sanitarios tanto de España como de Chile, las premisas centrales del paradigma del control siguen teniendo vigencia y no poca influencia, tanto en la legislación aplicable como en la práctica de las autoridades administrativas y de los órganos jurisdiccionales encargados de controlar la actividad de esas autoridades.

Ejemplo emblemático de lo anterior es España, país en el cual los servicios sanitarios son todavía de titularidad estatal, si bien están descentralizados en las autoridades locales, al ser una competencia propia de los Ayuntamientos, y son susceptibles de prestación por particulares a través de concesiones²⁹.

Tal fenómeno también se observa en Chile, país en el cual, a pesar de la liberalización de actividades de prestación tales como los servicios sanitarios,

²⁶ ROJAS 2019a, 60 y ss.

²⁷ Respecto, por ejemplo, de la situación de los servicios económicos de interés general en los países que integran la Unión Europea, ver LAGUNA 2019, 168 y ss.

²⁸ Sobre la situación en algunos países hispanoamericanos, véanse los trabajos incluidos en la obra colectiva coordinada por CIENFUEGOS SALGADO y RODRÍGUEZ LOZANO 2008.

²⁹ MESTRE 2009.

el suministro de energía eléctrica, las telecomunicaciones y el suministro de gas, entre otras³⁰, se advierten todavía elementos propios del paradigma del control en la supervisión, ejecución y control de dichas actividades, como pasamos a examinar con más detenimiento.

2. Algunas manifestaciones del paradigma del control en la prestación de servicios sanitarios en España y en Chile

a) *Caso España*

Como ya se indicó, en el caso español los servicios sanitarios, denominados servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales, son una actividad reservada a las autoridades municipales, según lo dispuesto en el artículo 25.2.l de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, siendo tarea de los Ayuntamientos encargarse de su gestión directa³¹.

Tal reserva de actividad no ha impedido que, mediante la aplicación de normativas reguladoras del aprovechamiento de aguas, como la Ley de Aguas, las autoridades municipales hayan procurado emplear diferentes fórmulas para asegurar el servicio, entre otras, la formación de mancomunidades, de consorcios públicos, la colaboración con las Comunidades Autónomas y, sobre todo, la concesión de servicio público³².

Al investigar sobre las particularidades del régimen de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales en España, se observa que predominan los trabajos dedicados al estudio de las razones históricas de por qué es una competencia local y no estatal, al análisis de las competencias y potestades que la Administración local ha tenido y tiene para gestionar la actividad, y a identificar los desafíos que supone el encomendar a grupos intermedios la prestación directa de estos servicios³³.

En cambio, pocos trabajos examinan las razones por las cuales es la concesión y no la prestación directa a través de organismos administrativos, incluso por influencia del derecho comunitario europeo, la técnica que los Ayuntamientos españoles han adoptado para asegurar la continuidad, universalidad y calidad de los servicios³⁴.

Asimismo, a pesar del predominio de la gestión privada en este sector de los servicios económicos de interés general, según la categoría empleada por el derecho comunitario europeo, no profundizan en el por qué se sigue analizando jurídicamente la prestación de dichos servicios desde la técnica

³⁰ ROJAS 2014b, 14 y ss.

³¹ CALVO 2010, 302

³² GARCÍA 2012a y 2012b.

³³ MATÉS 2017.

³⁴ Uno de esos trabajos que aborda el uso de la concesión, aunque desde una perspectiva crítica, es el de LÓPEZ DE CASTRO 2014, 181 y ss.

del servicio público en lugar de hacerlo desde la técnica de la fiscalización o, más correctamente, de la regulación de riesgos.

Por último, salvo en las investigaciones de Esteve y algunos otros pocos juristas³⁵, no es factible encontrar estudios jurídicos que describan o analicen la factibilidad de ajustar el régimen de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales al paradigma del riesgo, a pesar de que este último es el que más influencia ha tenido en el desarrollo del derecho comunitario europeo, promotor de la iniciativa privada y la competencia efectiva.

Cabe presumir que el énfasis que la legislación vigente y al menos una parte de la dogmática española dedicada al estudio de los servicios sanitarios dan al rol de la Administración Pública como titular de la prestación de los servicios sanitarios y de potestades de planificación y sanción, sin prestar la misma atención al rol de los grupos intermedios proveedores de los servicios, obedece a la importante influencia que el paradigma del control tiene todavía en el derecho administrativo de este país.

En tal sentido, tanto en este sector como en otros con actividades todavía reservadas al Estado por estar calificadas como servicio público, no se aborda el rol de los privados desde la perspectiva de los incentivos, riesgos y capacidades que ellos asumen y tienen para prestar los servicios en mejores condiciones que la Administración, sino como meros auxiliares de la autoridad titular de la actividad en su labor de satisfacción de intereses públicos³⁶, lo que estimula los cuestionamientos formales a su desempeño, guiado naturalmente por factores como la rentabilidad y la eficiencia.

Por otro lado, tampoco facilita, con los matices que se harán en el capítulo II, el que a nivel normativo y dogmático no se profundice en la necesaria diferenciación entre las condiciones de prestación de los diferentes servicios públicos, lo que es indispensable para darle preeminencia al cumplimiento por los particulares de la regulación que los rige, por sobre la sanción de los incumplimientos de dicha regulación.

Lo anterior dificulta el análisis de los riesgos tolerables en cada caso, lo que a su vez es consecuencia de continuar operando bajo los esquemas de la teoría del servicio público tradicional³⁷ y del Estado social, y sin asumir las innovaciones del Estado garante y su propuesta de reorientación del derecho administrativo, como un derecho no reservado solo a la Administración Pública³⁸.

b) Caso Chile

En Chile, la liberalización o apertura a la iniciativa privada y competencia de los servicios públicos no ha implicado, más allá del contenido de la legisla-

³⁵ ESTEVE 2018, 387 y ss.

³⁶ Como se desprende del análisis expuesto por GARCÍA 2012a y 2012b.

³⁷ CHINCHILLA 1991, 946 y ss.

³⁸ ESTEVE 2012, 28 y ss.

ción y las regulaciones sectoriales, un cambio de raíz en el paradigma desde el cual se conciben tanto el rol del Estado como de los particulares en esta materia de especial relevancia en toda sociedad.

En efecto, si bien desapareció la *publicatio* de casi todas las actividades consideradas por la ley como servicio público, que antes de la década de los años 80 del siglo XX eran de exclusiva titularidad estatal, y se crearon progresivamente organismos administrativos de fiscalización sectorial, dictándose además regulaciones especiales por sector, en la práctica, las premisas desde las que han operado desde entonces y hasta la fecha los nuevos actores institucionales y privados han sido las del paradigma del control.

Situación que, debe destacarse, ha contado con el respaldo de un reconocido sector de la doctrina patria, afín a la teoría tradicional del servicio público³⁹.

Asimismo, el mantenimiento de la concesión en lugar de la autorización como técnica administrativa para supervisar la prestación de los servicios públicos⁴⁰, incluidos los servicios sanitarios, a pesar de no existir la situación de reserva que como se examinó antes sí rige en España, la carencia en los fiscalizadores de competencias propuestas por el modelo de supervisión basada en riesgos (en lo que sigue, SBR), propio del paradigma del riesgo y del Estado garante, así como el énfasis creciente en la actividad sancionatoria y en la fiscalización no focalizada de la acción de los proveedores, son indicadores de la persistencia del viejo paradigma en el ámbito de los servicios públicos del país.

Por último, la incertidumbre sobre los derechos y garantías jurídicas de los proveedores privados de servicios públicos, por ejemplo, en supuestos como el de la prohibición de ser sancionados dos veces por la misma conducta o hecho, o el de la propiedad privada sobre las aguas servidas tratadas por el proveedor con recursos propios, evidencian que no hay todavía superación del paradigma del control.

En parte al menos, las causas de tal persistencia pueden provenir de algunos criterios jurisprudenciales, en materia de servicio público en general y de servicios sanitarios en particular, que pasamos a exponer y comentar de seguidas, dejando su análisis más pormenorizado a otro trabajo actualmente en preparación.

Algunos de esos criterios soslayan la liberalización vigente, al no aludir a ella de ninguna forma, no establecen las consecuencias de la eliminación de la *publicatio* legislativa sobre estas actividades y, en cambio, sí afirman que "el Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público"⁴¹.

³⁹ Entre otros, PIERRY 1977; y SILVA 1995, 67 y ss.

⁴⁰ ARANCIBIA 2020, 26 y ss.

⁴¹ Corte Suprema Rol 73.923-2016.

En tal sentido, se sostiene que: "(...) d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado", sin indicar que, en materia de servicios públicos, salvo a nivel local⁴², no hay actividades reservadas al Estado chileno.

Otros criterios, en este caso contenidos en fallos de la Corte Suprema de Justicia, parecen anclados a la teoría tradicional del servicio público, coherente del todo con las premisas del paradigma del control, pues en ellos se afirma que en Chile "el Estado ha decidido asumir a través del sistema de concesión de servicio público"⁴³, sin aclarar que más bien el Estado decidió abrir los servicios públicos, y más en concreto los sanitarios, a la iniciativa privada, solo que manteniendo la concesión en lugar de la autorización como técnica para habilitar y fiscalizar la acción de los grupos intermedios.

En tales casos se llega a indicar que, en tanto concesionarios de un servicio público, no cabe considerarles "actividad empresarial de naturaleza privada", al estar destinada su gestión a "satisfacer una necesidad de interés general de manera regular y continua", obviando que, en tales casos se aplican también normas de derecho privado, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de continuidad, universalidad y calidad.

Añádanse criterios en los cuales al proveedor del servicio público se le asimila a un órgano del Estado, al afirmar que aunque se trate de un proveedor privado es "el Estado mismo" dado que presta un servicio que éste "ha decidido asumir a través de concesión"⁴⁴, siendo lo más delicado del asunto que, como se examinó en otro lugar⁴⁵, la asimilación busca liberar a las empresas sanitarias de obligaciones regulatorias urbanísticas, relevantes para la tutela de las personas y sus bienes a nivel local.

No obstante lo previsto en la vigente Constitución y en la legislación reguladora de los servicios públicos, se encuentran votos disidentes, redactados por insignes catedráticos de la disciplina en el país, que reconocen a partir de la variabilidad y mutabilidad del concepto de servicio público, que "dependerá de lo que el Estado –sus gobernantes– a través de la ley, decida asumir en un momento dado"⁴⁶ para conocer las implicaciones y condiciones de prestación de una actividad calificada como servicio público.

En tales casos, se encuentran afirmaciones tales como "(...) puede ocurrir que una actividad sea servicio público en algún tiempo y en otro no", que "la intención del legislador de transformar o crear una actividad como servicio público, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, no es explícita en muchos casos", lo que puede interpretarse como el reconocimiento de la

⁴² Una postura crítica de este caso en AGUILERA 2020, 25 y ss.

⁴³ Corte Suprema Rol 8.268-2012.

⁴⁴ Corte Suprema Rol 27.106-2019.

⁴⁵ HERRERA 2020, 196.

⁴⁶ Corte Suprema Rol 25.123-2015.

potestad del Estado de dirigir a los proveedores privados de servicios públicos a partir de criterios estrictamente políticos sin incurrir en antijuridicidad.

Asimismo, cabe destacar la existencia de criterios que erosionan una garantía esencial en una sociedad democrática cuya Constitución es la norma suprema del ordenamiento, como es la reserva legal.

En unos casos, el criterio permite extender *ad hoc*, de forma tópica, la calificación legal como servicio público de una fase de una actividad privada a otras fases de esa misma actividad⁴⁷.

Mientras que, en otros casos, el criterio permite a órganos del Estado diferentes al Congreso de la República, como son la Contraloría General de la República o el Poder Judicial, aplicar la calificación de servicio público, anclada al paradigma del control, a las actividades abiertas a la iniciativa privada que juzguen susceptibles de esa calificación⁴⁸.

Por último, cabe resaltar la presencia de criterios que complican la adopción del paradigma del riesgo en el ámbito de los servicios públicos, como aquél que sostiene que los proveedores de servicios sanitarios deben restituir las aguas servidas o tratadas por ellos, sin derecho a disponer de ellas, que cuestiona a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en lo que sigue, SISS) por no exigir al proveedor del servicio cumplir con esa obligación de restitución, y que se señala que el Poder Judicial no tiene "competencia para determinar si la interpretación dada por la Superintendencia a la norma en análisis era la correcta o no"⁴⁹.

Mientras en la doctrina administrativa de la Contraloría General de la República, como se verá en el capítulo II de este trabajo, se pueden encontrar criterios favorables a la adopción del paradigma del riesgo tanto en el sector de los servicios sanitarios como en otros sectores en que se prestan servicios públicos, será en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que, de un modo más indirecto pero notorio, se observan criterios que más bien pueden dificultar tal adopción.

Por ejemplo, en un caso relativo a la inaplicación de una disposición legal que permitía sancionar al proveedor dos veces por el mismo incumplimiento, solo que con base en dos "fundamentos" o fuentes formales diferentes, se consideró que no procedía inaplicar la ley pues cada uno de los organismos involucrados –Servicio Nacional del Consumidor y SISS–:

obran en ámbitos distintos, motivados a su vez por fundamentos disímiles y tutelando bienes diversos. Si se llegare a aplicar, en cada una de dichas sedes, no hay compromiso al principio del *no bis in idem*, como tampoco una superposición, interferencia o duplicación de funciones⁵⁰.

⁴⁷ Corte Suprema Rol 4.365-2015.

⁴⁸ Corte Suprema Roles 18.930-2018 y 28.868-2019.

⁴⁹ Corte Suprema Rol 1.419-2009.

⁵⁰ Sentencia TC N° Rol 4795-18 (2018).

En refuerzo de tal conclusión, añadió que se estaba ante ordenamientos sectoriales rectores de los servicios públicos que prestan privados en ejercicio de derechos propios, y que:

(...) tales ordenamientos sectoriales lo que hacen es en esencia normar el funcionamiento de la actividad, regular la forma de prestación de los servicios (calidad, continuidad, tarifas si fuera el caso, etc.), establecer las atribuciones de la autoridad en su fiscalización y las sanciones por infracción a esa normativa⁵¹

Con lo cual, en lugar de enfatizar el cumplimiento de las obligaciones y la efectiva reparación de los daños generados a los usuarios por incumplimiento de aquéllas, se refuerza como prioridad la actividad sancionatoria de la autoridad fiscalizadora.

A modo de cierre de esta sección, en argumentos tanto de algunas disidencias como de prevenciones a fallos recientes del Tribunal Constitucional, en que se parece abandonar el criterio antes destacado, también es posible advertir criterios cercanos al paradigma del control, y por consiguiente lejanos del paradigma del riesgo.

Por ejemplo, se afirma en alguna disidencia que *“irán estableciéndose progresivamente parámetros de cumplimiento de las obligaciones de los prestadores (...) siendo absolutamente legítimo el configurar potestades sancionatorias al respecto (...) pudiendo o no concurrir varias a partir de un mismo hecho”*⁵².

En el mismo sentido, se considera que *“una definición más restringida, que entiende por servicio público toda actividad que las personas jurídicas administrativas ejercen directa o indirectamente para la satisfacción de necesidades colectivas, mediante procedimientos peculiares del Derecho Público (...) sustentado de la idea clásica de servicio público: la actividad excepcional exclusivamente asumida por la Administración, por incapacidad de la actividad individual, para realizar actividades de satisfacción práctica y necesidades colectivas”*⁵³.

Así, de acuerdo con las consideraciones de la citada disidencia, se podría colegir que, en primer lugar, el mayor peso de la fiscalización de los servicios públicos recae en el ejercicio de la potestad sancionatoria antes que en el ejercicio de potestades orientadas al cumplimiento, y, en segundo lugar, que pervive una definición *“más restringida”* de servicio público, surgida de la *“incapacidad”* de la actividad individual, que justificaría asumir aquél como una *“actividad de personas jurídicas administrativas”*, a pesar que tal definición es difícil de encontrar operando en la práctica de otros países, con buenas experiencias en la prestación de estos servicios.

⁵¹ *Ídem.*

⁵² Sentencia TC N° Rol 8484-2020 (2020).

⁵³ *Ídem.*

II. La prestación de los servicios públicos, y en particular de los servicios sanitarios, bajo el paradigma del riesgo

1. Premisas básicas del paradigma del riesgo

El paradigma del riesgo, siguiendo de nuevo a la doctrina consultada para describir el paradigma del control⁵⁴, surge a partir de las ideas de la segunda modernidad, época signada por un sentimiento de inquietud y de responsabilidad ante las consecuencias no deseadas del progreso alcanzado por la humanidad, la cual se inicia a partir de la segunda mitad del siglo XX y llega hasta nuestros días.

De acuerdo con Beck⁵⁵, lo específico de este tiempo será la preocupación por los efectos que el ser humano genera en la sociedad al usar las tecnologías y la industria que hace posible la mejora constante de sus condiciones de vida, el debilitamiento de la creencia en las capacidades de control y de planificación sobre la naturaleza y sobre la sociedad, y la aceptación de los riesgos asociados al progreso, así como la necesidad de gestionarlos⁵⁶.

Todas estas ideas, como lo destaca Esteve, se han ido manifestando paulatinamente en el ámbito jurídico, con especial énfasis en el derecho público de países tanto europeos como hispanoamericanos, dando lugar al surgimiento de nuevas disciplinas como el derecho ambiental, y reorientando los principios y prioridades de otras, como el derecho administrativo⁵⁷.

Aquí, una de las manifestaciones más relevantes de las ideas de la segunda modernidad en el ámbito político y jurídico será el cuestionamiento y progresivo abandono de la tesis de la titularidad estatal de actividades de satisfacción de necesidades públicas, a través del servicio público, dada la creciente incapacidad del Estado para cumplir ese cometido de forma continua y con acceso universal⁵⁸.

De este modo, tanto en los países anglosajones como en los europeo-continenciales e hispanoamericanos, se pasa a dudar que pueda el Estado, a través de la conducción de la Administración Pública, estar en mejor posición que los grupos intermedios de asegurar de forma continua y universal tales servicios al conjunto de la población, al no estar ya esa organización política en pleno dominio y control de los avances científicos y de las inno-

⁵⁴ ROJAS 2019a, 69 y ss.; y MONTT 2010, 10 y ss.

⁵⁵ BECK 2002, 203 y ss.

⁵⁶ ESTEVE 2015a, 98 y ss.

⁵⁷ *Ibidem*, 98. En el caso del derecho administrativo, esa reorientación del lleva a desplegar una actividad de garantía: "La función que le cumple a la actividad garante es la de mantener o recuperar la atención de los intereses generales en sectores y actuaciones situados de lleno bajo la iniciativa y dirección privada pero que tienen una dimensión pública por afectar a estos intereses". ESTEVE 2015b, 26.

⁵⁸ ESTEVE 2012, 21.

vaciones tecnológicas y económicas, desarrollados en ámbitos propios de la sociedad civil, el mercado y las relaciones internacionales⁵⁹.

Es bajo tales circunstancias, como también se ha explicado en abundantes trabajos dedicados al tema⁶⁰, que la teoría del servicio público debió renovarse a sí misma para reconocer, de un lado, que la prestación de servicios públicos no es lo único que justifica la existencia del Estado, y para aceptar, de otro, que el servicio público debe concebirse como una técnica de intervención de la autoridad administrativa, capaz de combinarse con normas de derecho privado para asegurar a través de la acción de grupos intermedios la satisfacción de forma continua y universal de necesidades públicas así calificadas por la legislación.

Así, desde razones técnicas y prácticas que buscan mantener la factibilidad de los fines del denominado Estado social, el paradigma del riesgo ha impulsado la transferencia de numerosas actividades de prestación como, entre otras, las de servicios sanitarios, a la gestión privada bajo la fiscalización y dirección de la autoridad administrativa, reduciendo los casos de titularidad estatal y sustituyendo la técnica de habilitación empleada al pasar de la concesión de un servicio público a la autorización para dedicarse a una actividad liberalizada.

Por esta vía, pasaron dichas actividades de prestarse a través de la gestión estatal, al margen de lo prescrito por la legislación, de forma intermitente y desigual debido a la falta de recursos, la ineficiencia burocrática y el rezago técnico, a prestarse a través de la gestión privada de forma más eficiente y próxima a los principios de continuidad y de universalidad, al exigir la legislación a esa gestión el cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público y reorientar el rol de la Administración, a partir de la idea de un Estado que garantiza las prestaciones en lugar de ofrecerlas directamente⁶¹.

El cambio de perspectiva, operado por la fuerza de los hechos, en cuanto al rol que tanto el Estado como los privados deben asumir y mantener para que los servicios públicos puedan ser disfrutados por la población en su conjunto, ha generado un paulatino debilitamiento de las dos premisas centrales del paradigma del control, si bien no todavía a su definitivo abandono y superación, así como a la adopción de tres nuevas premisas.

En primer lugar, la reorientación de la Administración Pública en nuevas técnicas de intervención como, por ejemplo, la SBR⁶², indispensables para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado social, entre ellos la prestación continua y universal de los servicios públicos, y priorizando el cumplimiento antes que la sanción por incumplimiento.

⁵⁹ ESTEVE 2015b, 17 y ss.

⁶⁰ Entre otros, ver DE LA CUÉTARA 1997, 156 y ss.

⁶¹ CAMACHO 2010, 273 y ss.

⁶² ARANCIBIA 2012, 268 y ss.; ROJAS 2019a, 83 y ss.

En segundo lugar, el establecimiento de garantías jurídicas para los grupos intermedios a fin de que ejecuten una prestación eficiente y segura de los servicios públicos, a través de mecanismos de colaboración público-privada, a partir del inequívoco reconocimiento de que la gestión privada cuenta con los incentivos, recursos y capacidades adecuadas para realizar la prestación directa de los mismos, si bien sujeta a fiscalización y al cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público⁶³.

Y, en tercer lugar, el redimensionamiento del control jurídico de la actividad administrativa, para hacerlo más complejo al incluir la evaluación jurisdiccional, junto a la juridicidad en sentido estricto, la revisión de los elementos materiales de la decisión administrativa, para contribuir a la mejor gestión de los riesgos tolerables⁶⁴.

A pesar de la aceptación tanto doctrinaria como institucional de estas premisas, en diferentes países tanto de tradición jurisprudencial como de tradición legislativa, las mismas han experimentado a partir de la década de los años 80 y sobre todo 90 del siglo XX una muy desigual aplicación.

En efecto, mientras la primera de ellas muestra importantes concreciones y estabilidad en diferentes países, la segunda y tercera aguardan por mayor desarrollo y consolidación, si se tienen presente las objeciones que aún se formulan contra la gestión privada de los servicios públicos⁶⁵ y los insuficientes criterios que emplean las jurisdicciones para ejercer el control de la actividad administrativa en éstas y otras áreas similares.

Si nos centramos de nuevo en el caso de los servicios sanitarios, se puede constatar, como se adelantó en el capítulo I, que las premisas centrales del paradigma del riesgo han venido ganando espacio a las premisas del paradigma del control, sobre todo por el rol que a los particulares asigna la legislación aplicable a dichas prestaciones. Sin embargo, su impacto sigue siendo todavía muy incipiente en la práctica tanto de las autoridades administrativas como de los órganos encargados de controlarlas jurisdiccionalmente.

Al retomar los casos de los países examinados para este trabajo, se puede advertir como en España, a pesar de la titularidad estatal de los servicios sanitarios, se prestan en general a través de proveedores privados que operan bajo el sistema de concesiones, siendo aquí la excepción la prestación directa por los Ayuntamientos de tales servicios.

En el caso de Chile, que bien podría considerarse más avanzando a nivel legislativo que España y otros países debido a la liberalización de los servi-

⁶³ BARNES 2012, 309 y ss.

⁶⁴ "Desde esta perspectiva, la actuación de la Administración, de la que en todo caso, como acabo de indicar, se afirma su 'posición propia', vendría analizada no solo desde parámetros de legalidad formal, propios del método estrictamente jurídico, sino también desde parámetros de racionalidad económica y de eficacia en la resolución de los problemas sociales y en la satisfacción de las necesidades colectivas" CARRO 2014, 41.

⁶⁵ VERGARA 2005, 5 y ss.

cios sanitarios, como quedó de manifiesto en el capítulo I, persisten elementos propios del paradigma del control tanto en las condiciones de operación de los proveedores privados como en la práctica de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, lo que impide apreciar cambios sustanciales en este y otros sectores en que se prestan servicios públicos⁶⁶.

2. Algunas manifestaciones del paradigma del riesgo en la prestación de servicios sanitarios en España y en Chile

a) *Caso España*

Expuestas en el capítulo I de este trabajo las evidencias detectadas en torno al presumible predominio en España del paradigma del control, en especial en el ámbito de los servicios sanitarios, destacaremos a continuación los aspectos que, más allá de las fuentes formales y su interpretación oficial, permiten inferir que el paradigma del riesgo tiende ya y tenderá, en éste y otros sectores, a tener un mayor impacto e influencia en ese país.

Uno de ellos, por ejemplo, es el ya destacado predominio de la gestión privada en lugar de la estatal de los servicios abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales, sin que se planteen críticas serias a tal esquema, orientadas a la exclusión de los privados de la actividad o a la reducción de los otorgamientos de concesiones.

El predominio de la técnica concesional por delante de la prestación directa a través de empresas estatales u organismos similares muestra la oportuna aceptación, en este caso de las autoridades municipales, de que el conocimiento y capacidades científicas, técnicas y económicas necesarias para una adecuada prestación del servicio no son ya dominio del Estado, y que lo responsable ante los usuarios es trabajar con los grupos intermedios que sí dominan tales elementos.

Asimismo, cabe resaltar la expansión, calidad e incremento en el acceso a los servicios mencionados de un porcentaje creciente de la población española, gracias precisamente a la aplicación de un mecanismo de colaboración público-privado como es la concesión de servicio público⁶⁷, lo que apunta a que predomine el interés por el cumplimiento antes que el interés por sancionar los incumplimientos y por controlar esa actividad sancionatoria.

Sin duda, el impacto ineludible del derecho comunitario europeo, así como la influencia de otros ordenamientos jurídicos junto a su dogmática y su jurisprudencia, en el derecho español, y más en concreto en el ámbito de los servicios públicos, es un factor que se debe destacar al examinar la influencia del paradigma del riesgo en sectores como el de los servicios sanitarios.

⁶⁶ BERMÚDEZ 2014, 314.

⁶⁷ Como se desprende de información consultada en el portal del Sistema Español de Información sobre el Agua (HISPAGUA) <https://bit.ly/3suFF8C>

En efecto, tanto ese derecho supranacional y vinculante de la Unión Europea, como el derecho público de prestigiosos países como Inglaterra y Alemania, se inclinan de manera resuelta hacia el modelo de la SBR en sustitución del tradicional sistema de potestades de control, gestión directa y sanción, reservando esta última para los incumplimientos de instrucciones específicas y focalizadas, emitidas con plena participación del proveedor.

Difícilmente, cabe concluir, se producirá en España un reforzamiento o retorno pleno al paradigma del control, mientras ese país siga siendo parte de la Unión Europea⁶⁸, y sobre todo mientras los sistemas institucionales adoptados en países como los ya mencionados, sigan ofreciendo resultados positivos, en éste y otros servicios públicos, como los que esperan los usuarios en toda sociedad libre y democrática.

Para finalizar, y advirtiendo que por extensión del trabajo solo se ofrecen aquí algunos indicios de la influencia del paradigma del riesgo en el derecho español de los servicios sanitarios, debe señalarse como indicador de este fenómeno, en especial en la dogmática administrativa de dicho país, la creciente acogida nacional e internacional que ha tenido la obra de Esteve y de otros destacados juristas españoles⁶⁹.

Dicha obra está dedicada, de manera central, al estudio y difusión del paradigma del riesgo, del Estado garante y de la adaptación de los regímenes jurídicos sectoriales positivos que regulan servicios públicos o actividades vinculadas con intereses generales, como las financieras en general, las de salud o educación, a las novedosas técnicas de intervención que estas ideas plantean.

Los trabajos en que se despliega esta valiosa doctrina, relevante para todos los países de habla hispana, se apoyan de forma manifiesta en las profundas y exitosas reformas que experimentó el Estado social en Alemania durante la década de los años 90 del siglo XX, cuando se hizo necesario, para evitar inequidad e inestabilidad social, adoptar la política de “adelgazar el Estado”, cuyos aspectos cardinales están desarrollados en el denominado informe “Schlanker Staat”, en el cual la aplicación del principio de subsidiariedad muestra un destacado papel central⁷⁰.

Al margen de sus manifiestas coincidencias con análisis desarrollados por otras disciplinas del conocimiento en los ámbitos de las ciencias sociales⁷¹, la economía⁷² y la filosofía⁷³, es la dogmática alemana que surge tras la

⁶⁸ LAGUNA 2019, 161 y ss.

⁶⁹ Una importante parte de esta obra se recopila en MUÑOZ y ESTEVE 2010.

⁷⁰ En el sumario de dicho informe se afirmó: “La privatización –como consecuencia de una cualificada crítica de funciones– constituye un necesario cambio de vía por causas político-legales: corresponde al principio de subsidiariedad que el Estado deba retroceder cuando empresas privadas puedan realizar prestaciones de igual o mejor forma que las empresas públicas”. DARNACULLETA y TARRÉS 2000, 340.

⁷¹ KRAUSE 2011, 124 y ss.

⁷² MARTÍNEZ 2009, 255 y ss.

⁷³ RHONHEIMER 2017, 159 y ss.

aprobación y ejecución de las políticas planteadas en el referido informe, la que aportará sólidos fundamentos a los estudios dogmáticos españoles que hoy día, con aportaciones propias y consideraciones relevantes para las sociedades de habla hispana, plantean sin complejos la conveniencia de que el Estado asuma “una posición más retrasada y estratégica”⁷⁴.

De este modo, apoyado en un conocimiento empírico, interdisciplinario y atento a la realidad humana y social, que se hace cargo de las consecuencias de las normas, políticas y sentencias que se producen desde el Estado, es que el paradigma del riesgo muestra una creciente y exitosa expansión en el tratamiento de los problemas propios del derecho administrativo en los inicios de esta tercera década del siglo XXI⁷⁵, con respuestas más eficientes y beneficiosas para las autoridades y los usuarios, en comparación con las que ofrecen otros enfoques de la disciplina que asumen cierta noción del derecho, afincada en su autonomía, que lo aleja de su rol responsivo ante las problemáticas de la vida en común⁷⁶.

b) *Caso Chile*

Tal y como lo destaca la doctrina nacional, el paradigma del riesgo ha sido adoptado en forma progresiva en algunos sectores sujetos a regulación económica, siendo ejemplos de ello el régimen aplicable a las materias ambiental, de bancos, seguros, pensiones, salud, libre competencia, trabajo y aprovechamiento de aguas⁷⁷.

En concreto, en la normativa aplicable a dichas materias, así como de forma creciente en la praxis de los diferentes organismos de fiscalización que en ellas operan, se aprecian rasgos del modelo SBR, cuyo elemento central es el cambio de orientación de la supervigilancia que ha de ejercer la autoridad administrativa.

Dicha supervigilancia, como se ha explicado detenidamente⁷⁸, en primer lugar, pasa a ser *focalizada y proporcional* y no ya general e ilimitada, centrada en monitorear el nivel de los riesgos tolerados asumidos por los grupos intermedios que operan en el sector.

En segundo lugar, es *colaborativa* y no unilateral, pues la matriz de riesgo de cada agente se define a partir de un trabajo conjunto entre la Administración y el particular interesado.

Y, en tercer lugar, es esencialmente *preventiva* antes que punitiva, al estar orientada al cumplimiento de las obligaciones sectoriales antes que a la búsqueda de incumplimientos para sancionar a los particulares sujetos a su fiscalización.

⁷⁴ ESTEVE 2015b, 19.

⁷⁵ DARNACULLETA, ESTEVE y SPIECKER 2015, 38 y ss.

⁷⁶ MUÑOZ 2011, 509 y ss.

⁷⁷ ARANCIBIA 2012, 273 y 274; ROJAS 2019a, 97 y ss., y 135 y ss.

⁷⁸ ARANCIBIA 2012, 268.

Tal entendimiento de la supervigilancia, tanto en los sectores antes mencionados como en otros a los que se pretenda extender en sustitución de la supervigilancia propuesta por el paradigma del control, ha de cumplir, a su vez, con específicos cometidos, muy diferentes a los presentes en el paradigma del control.

Esos cometidos, en síntesis, son: a) la *determinación de los riesgos tolerables o aceptados*, b) la *gestión de los riesgos aceptados*, a través del ejercicio de potestades y técnicas innovadoras, y c) la *determinación y aplicación de mecanismos de retribución o adjudicación de responsabilidad* al particular generador de daños⁷⁹.

Valga indicar que el último de los cometidos señalados permite descartar toda sospecha respecto de la intención manifiesta o solapada del paradigma del riesgo de debilitar o privar a la Administración de su potestad sancionatoria. Muy por el contrario, como se ha señalado⁸⁰, lo que busca es que la sanción no sea la principal tarea de la autoridad fiscalizadora, dado que ella ni asegura la continuidad y calidad de la actividad, ni evita los daños y tampoco los repara.

La aplicación de una sanción, tomada como principal tarea del fiscalizador, es insuficiente para la tutela de derechos de los usuarios y la reducción de niveles de riesgo derivados de la actividad desarrollada por los grupos intermedios.

Una multa, una suspensión, etc., se limita a castigar una infracción legal, a partir de la expectativa de que el reproche será suficiente para desincentivar incumplimientos futuros, pero siempre subordinado este análisis a la legalidad formal, sin tomar en cuenta los riesgos aceptados y la incertidumbre propia del sector en particular, así como tampoco el grado de responsabilidad que pueda tener la propia autoridad en la ocurrencia de los hechos perjudiciales.

Aclarado lo anterior, y para concluir con esta breve descripción de lo que caracteriza la acción fiscalizadora de las autoridades administrativas que operan en Chile con influencia del paradigma del riesgo, debe añadirse que el trabajo técnico de los organismos fiscalizadores se diferencia del realizado por autoridades similares en otros sectores del ordenamiento jurídico del país, en la medida que incluye, más allá de las típicas potestades y acciones regulatorias, elementos singulares, orientados a contribuir con el cumplimiento de los objetivos de la normativa vigente⁸¹.

Por ejemplo, a partir de la definición legal de los riesgos aceptados en cada sector, los fiscalizadores deben de forma coordinada con los regulados

⁷⁹ ROJAS 2019a, 83 y ss.

⁸⁰ ARANCIBIA 2012, 268; ROJAS 2019a, 144 y ss.

⁸¹ ROJAS 2019a, 78 y 79.

determinar en cada caso cuáles son, entre los tolerados por la ley, los riesgos más apremiantes y probables.

Luego de ello, se definen, como ya se indicó de forma colaborativa, cuáles serán las medidas que los particulares se obligan a cumplir para reducir al máximo tales riesgos.

Y a partir de ello, mediante la integración de lo previsto en la legislación, en la regulación administrativa y en las obligaciones concretas que asuma el particular, es que ejerce la autoridad su supervigilancia, incluido el ejercicio, de proceder, de su potestad de sancionar, quedando así bastante atrás la antigua idea de una Administración suprema, que actúa de forma unilateral y con autotutela, sin atender la realidad de los particulares⁸².

Ahora bien, de todo lo antes expuesto, poco o nada se observa, en la actualidad, en el ámbito de las actividades de servicio público en Chile.

En efecto, un examen general tanto de la legislación como de la jurisprudencia aplicable a las actividades de suministro de energía eléctrica, de telecomunicaciones, de gas, de transporte terrestre y de servicios sanitarios, entre otros, así como de la dogmática dedicada a su estudio y de la doctrina de la Contraloría General de la República en que se analiza al servicio público como actividad, permite concluir que tales sectores siguen, en general, influidos por las premisas centrales del paradigma del control⁸³.

Ni en el rol de la Administración fiscalizadora, ni en el estatuto de los proveedores de los servicios, tampoco en la relación jurídico-administrativa que mantienen ni en los criterios jurisprudenciales, como ya se mostró en el capítulo I, se advierte la recepción, siquiera tímida, de las premisas y técnicas del paradigma del riesgo, así como de la idea del Estado garante.

A pesar de lo anterior, estimamos que existen bases jurídicas suficientes en el caso chileno para, sin necesidad de urgentes reformas normativas y más bien a través de nuevas y adecuadas interpretaciones de las normas vigentes, acercar de forma progresiva la dinámica de las actividades calificadas por la ley como servicios públicos, y en particular la de servicios sanitarios, al paradigma del riesgo, a fin de superar las categorías del paradigma del control que aún condicionan su funcionamiento.

Ello, en primer lugar, debido a lo idóneo del todavía vigente régimen constitucional en materia económica, regido por el principio de subsidiariedad y la libertad económica como regla general, para impulsar una legislación y regulación administrativa orientada al paradigma del riesgo⁸⁴.

En segundo lugar, debido a la vigencia a nivel legislativo de una política de liberalización de las actividades de servicio público, en sintonía con los

⁸² MONTT 2010, 21.

⁸³ AIMONE y SILVA 2019.

⁸⁴ Siempre que se entienda la subsidiariedad en su doble manifestación y no solo en su expresión negativa o de abstención. Ver SOTO KLOSS 2011, 115 y ss.

casos más exitosos de prestación de tales servicios y las recomendaciones de organismos internacionales de cooperación⁸⁵.

Y, en tercer lugar, por la existencia de algunos criterios tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como en la doctrina de la Contraloría General de la República y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, favorables o conexos al paradigma del riesgo, como se muestra a continuación.

Veamos algunos de estos criterios. En uno de ellos, por ejemplo, se estableció que un proveedor estatal que opera bajo una concesión de servicio sanitario –en el caso concreto se trató de un organismo municipal– está, igual que un proveedor privado del servicio, llamado a cumplir con las obligaciones previstas en otros sectores regulados en que requiera actuar para alcanzar sus cometidos como prestador de un servicio público, como es el sector de aprovechamiento de bienes nacionales de uso público, que en el caso de los cuerpos de agua está bajo la fiscalización de la Dirección Nacional de Aguas⁸⁶.

Estimamos importante el criterio porque descarta el considerar a la Administración como liberada del cumplimiento de obligaciones legales vinculadas con la prevención de riesgos o la tutela de derechos de los particulares, y porque ratifica la potestad de fiscalización de un organismo administrativo que ya opera bajo criterios del paradigma del riesgo.

Otro criterio que merece atención, por obvio que pueda parecer su razonamiento, es el que ratificó el derecho de los proveedores de servicios públicos –en el caso concreto, de servicios sanitarios– al cobro de tarifas por el servicio prestado y la suspensión del servicio en caso de incumplimiento del pago por tratarse de un servicio público obligatorio.

En el mismo fallo, se declaró la inexistencia de un lapso de prescripción para ejercer la demanda ejecutiva de cobro de la tarifa adeudada y la sujeción de la actividad a un régimen especial, previsto en el D.F.L. N° 382, y la Ley N° 18.902, con preferencia a otros regímenes que apliquen al proveedor⁸⁷.

Dicho en breve, el criterio reconoce la existencia de obligaciones contractuales entre el proveedor y el usuario que la calificación de servicio público de la actividad no elimina, que el derecho al cobro del proveedor no está sujeto a prescripción y la preeminencia de la regulación especial al resolver controversias entre proveedores y usuarios del servicio.

En el caso de la Contraloría General de la República, se observan dictámenes en los que, por ejemplo, se analiza la actividad del organismo fiscalizador de servicios sanitarios desde una perspectiva cercana al paradigma de los riesgos, al señalar que:

⁸⁵ VERGARA 2004, 41 y ss.

⁸⁶ Corte Suprema Rol 12.991-2019.

⁸⁷ Corte Suprema Rol 11.909-2019.

(...) la SISS debe ejercer una fiscalización permanente sobre los actos de las concesionarias, debiendo pronunciarse sobre la legalidad de los mismos en caso de ser requerida, por lo que corresponde que esa entidad determine (...) cualquier otra circunstancia que represente un riesgo para la continuidad y calidad de ese servicio⁸⁸.

En idéntico sentido, en otros dictámenes ha indicado el órgano contralor que:

(...) compete a la SISS velar que los entes fiscalizados –calidad que posee la peticionaria– cumplan las disposiciones legales relativas a la prestación de los servicios sanitarios. También, que la preceptiva transcrita ha dotado a la SISS de diversas herramientas para llevar a cabo aquel cometido (...) y (...) adoptar las medidas que estime necesarias para resguardar los derechos de los usuarios y, en general, para velar por el cumplimiento de la normativa vigente⁸⁹.

Como refuerzo de los criterios anteriores, ha establecido la misma autoridad que:

(...) la referida Superintendencia es (...) el organismo técnico normativo encargado de supervigilar a los prestadores de servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado, de tal manera que corresponde a esa entidad pronunciarse y evaluar que los servicios pertinentes sean prestados por sus agentes en condiciones satisfactorias (...) (aplica dictamen N° 21.747, de 2009)⁹⁰.

Y ya a modo de cierre de esta sección, hemos de destacar que, en recientes sentencias, el Tribunal Constitucional ha adoptado criterios que pueden facilitar y potenciar la adopción del paradigma del riesgo en los diferentes sectores en que se prestan servicios públicos en Chile.

En una de ellas advirtió que los supuestos de la teoría tradicional del servicio público, vinculada al paradigma del control, "...no son del todo compatibles con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad"⁹¹.

Por último, en sentencia de reciente publicación, el Tribunal parece matizar su criterio respecto de la aplicación de múltiples sanciones a proveedores de servicios sanitarios a propósito de una misma conducta, al acordar inaplicar la norma que habilita al organismo fiscalizador a aplicar dos o más sanciones a raíz de un mismo incumplimiento, por infringir el principio *non bis in idem*⁹².

⁸⁸ CGR, Dictamen N° 009402N16, 2016.

⁸⁹ CGR, Dictámenes N° E63587N20, 2020, y N° 53863, 2020.

⁹⁰ CGR, Dictamen N° 29.354, 2019.

⁹¹ TC, Roles 5572-18 / 5650-18, acumulados.

⁹² TC, Rol 8484-2020, de 08 de octubre de 2020.

III. Impacto previsible de asumir el paradigma del riesgo en la fiscalización, prestación y control jurisdiccional en el sector de los servicios públicos sanitarios en Chile

Enfocados en este último capítulo del trabajo en la situación actual de los servicios sanitarios en Chile, cabe preguntarse: ¿cómo impactaría la adopción, con base en el marco normativo vigente, del paradigma del riesgo, sobre la actividad del organismo fiscalizador, sobre la operación de los proveedores del servicio y sobre el control jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial sobre ambas partes de la relación jurídico-administrativa del sector?

Tomando en cuenta las competencias actualmente atribuidas por la Ley N° 18.902 a la SISS⁹³, en concordancia con el D.F.L N° 382 de 1982 y el D.F.L N° 70 de 1988, los derechos y garantías que esas fuentes formales reconocen a los proveedores de servicios sanitarios y los criterios presentes en la doctrina administrativa y la jurisprudencia chilenas sobre los servicios sanitarios, planteamos a continuación cómo podría impactar la adopción del paradigma del riesgo sobre el desempeño de cada uno de los involucrados en la prestación de aquéllos.

1. En el rol de la SISS en tanto organismo fiscalizador

De la posición jurídica actual, de regulador y fiscalizador tradicional, pasaría la SISS a tener un rol más activo en el cumplimiento por parte de los proveedores, tanto privados como estatales, de sus obligaciones legales y concesionales, en beneficio de los principios de continuidad, universalidad y calidad propios del servicio público.

En síntesis, y siguiendo a Rojas, implicaría pasar de un rol anclado a la perspectiva de la "luz roja" centrado en incentivar la no realización de conductas contrarios al marco jurídico, a un rol orientado por la perspectiva de la "luz verde", a partir del cual desplegar estrategias complejas que "incluyan, además de la sanción, el uso de la persuasión, la negociación y lo que se denomina conversación regulatoria"⁹⁴, así como la aplicación de la figura de la autodenuncia para evitar sanciones o al menos reducir su gravedad.

Tal y como lo plantea también Arancibia, se trata de adoptar criterios, protocolos, pautas y medidas que sienten las bases de una colaboración permanente y eficaz entre el fiscalizador y el fiscalizado, lo que "obliga a las

⁹³ El artículo 2° de la Ley N° 18.902 establece que: "...corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base".

⁹⁴ ROJAS 2019a, 144.

autoridades a ‘salir de su zona de confort’ y asumir, inter alia, diálogos cara a cara y reuniones detalladas con las plantas gerenciales y directorios⁹⁵.

Con éstas y otras acciones de similar orientación, la SISS podría, sin necesidad de cambios legislativos, migrar de un desempeño más distante de contribuir con que el servicio se preste en las condiciones que el marco regulatorio exige y que los usuarios esperan, a uno en que podrá tener, junto al prestador del servicio, mayor protagonismo, más allá de la reacción ante peligros, en la gestión de los riesgos, en la continuidad y calidad, lo mismo que en la ampliación de cobertura, de los servicios sanitarios⁹⁶.

2. En el rol de los proveedores privados de servicios sanitarios

Aplicar las premisas del paradigma del riesgo a las condiciones de funcionamiento de los proveedores de servicios sanitarios implicaría, en general, fortalecer la protección de los derechos de los grupos intermedios que operan en el sector, incrementar los niveles de eficiencia, cumplimiento y calidad del servicio que entregan y determinar con mayor certeza y anticipación las obligaciones a que están sometidos, así como las consecuencias sancionatorias de incurrir en incumplimientos.

En primer lugar, fortalecería la protección a los derechos fundamentales, legales y contractuales de los proveedores de servicios al disipar dudas en torno a la titularidad de la actividad y el ejercicio de derechos propios, entre ellos la propiedad privada⁹⁷, a pesar del uso por la legislación vigente de la concesión en lugar de la autorización para permitir el ejercicio de la actividad abierta a la iniciativa privada.

Asimismo, ayudaría a definir el alcance de las obligaciones de servicio público que deban cumplir los grupos intermedios proveedores del servicio, sin que nada de ello desnaturalice su condición de privados⁹⁸, solo que prestando lo que se denomina un servicio público impropio o, más acertadamente, un servicio privado de interés público⁹⁹.

En segundo lugar, incrementaría la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio, así como en la calidad del mismo, gracias al acompañamiento o estrecha relación de colaboración con la SISS en la detección temprana de riesgos asociados a la actividad¹⁰⁰, de respuesta ante peligros derivados de eventos naturales y la oportuna adopción de medidas tanto financieras como tecnológicas, de ser necesario con ayuda pública, para no afectar la continuidad y universalidad en el acceso del servicio público.

⁹⁵ ARANCIBIA 2012, 272.

⁹⁶ ESTEVE 2014, 1.234 y ss.

⁹⁷ VERGARA 2020, 108 y ss.

⁹⁸ ESTEVE 2012, 38.

⁹⁹ ROJAS 2014b, 24 y ss.

¹⁰⁰ ESTEVE 2018, 371 y ss.

Y, en tercer lugar, adoptar el paradigma del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios contribuiría a mejorar la certeza en torno a las obligaciones específicas que, más allá de las comunes a todos, cada proveedor debe cumplir según sus características y contexto particular, así como la previsibilidad en cuanto a las consecuencias que tendrán los incumplimientos en que incurra, no ya solo de exigencias generales y abstractas, abiertas en casos a la interpretación, sino a compromisos específicos, asumidos en el marco de la relación colaborativa con el organismo fiscalizador¹⁰¹.

3. En el rol del control jurisdiccional sobre la SISS y los proveedores de servicios sanitarios

Finalmente, respecto del impacto de adoptar el paradigma del riesgo a la actividad de control jurisdiccional tanto de la actividad de los proveedores de servicios sanitarios como de la actividad del organismo fiscalizador de aquéllos, cabe señalar que contribuiría a que respecto de ésta y otras actividades calificadas por la ley como servicios públicos, se actualice, complejice y profundice el análisis jurídico que jueces y ministros efectúan respecto de sectores con elevados niveles de riesgo, incertidumbre, innovación y costos.

En efecto, permitirá que se actualice al verse en la obligación de desarrollar su análisis jurídico a partir del hoy indispensable diálogo entre ciencia y derecho¹⁰², así como de las consecuencias que de ese diálogo derivan respecto del papel de los Estados, y más en concreto de sus Administraciones Públicas, en las sociedades contemporáneas, regidas por la libertad económica, los principios democráticos y el estado de derecho.

También hará posible que se complejice el rol de los órganos jurisdiccionales al añadir a sus criterios formales de control, centrados en la juridicidad de la actividad administrativa, criterios materiales de control, vinculados a la eficiencia, eficacia, utilidad y justa determinación de las obligaciones y derechos involucrados, como los que la dogmática administrativa anglosajona y europea han venido desarrollando desde hace ya algunas décadas, bajo el paradigma del riesgo¹⁰³.

Por último, permitirá enriquecer y profundizar el razonamiento judicial al resolver controversias entre el fiscalizador y los fiscalizados, al estar en capacidad de evaluar y verificar el uso dado a los criterios técnicos y fácticos empleados por la Administración fiscalizadora de común acuerdo con el proveedor, al momento de determinar si existió o no incumplimiento por parte de los grupos intermedios que proveen el servicio, de sus obligaciones regulatorias¹⁰⁴.

¹⁰¹ BARNES 2012, 315 y ss.

¹⁰² ESTEVE 2009, 37 y ss.

¹⁰³ ESTEVE 2012.

¹⁰⁴ SCHMIDT-ASSMAN 2012, 88 y ss.

Es evidente que la adopción del paradigma del riesgo demandará, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, inversión de tiempo y recursos, a través de capacitaciones y estudios de experiencias exitosas de otros países, así como del análisis y puesta en práctica de las buenas recomendaciones generadas por organismos como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹⁰⁵ y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁰⁶.

Conclusiones

1. A fines del siglo XX comenzó un proceso de transición del paradigma del control al paradigma del riesgo al interior del derecho administrativo, que ha supuesto el abandono de la confianza absoluta en el progreso lineal de la humanidad planteado por la primera modernidad, así como de las consecuencias que de esa premisa derivaron para el derecho en general, y el derecho público en particular, en torno al rol del Estado y de la Administración.

2. Mientras el paradigma del control plantea un Estado titular y prestador directo de multiplicidad de servicios, en especial de servicios públicos, y conductor de la actividad de los privados, solo limitado por el control formal de juridicidad aplicado por los órganos jurisdiccionales, mientras que el paradigma del riesgo propone un Estado garante, que ya no presta de forma directa los servicios sino que adopta medidas direccionales, responsivas y regulatorias clásicas, para asegurar que proveedores privados de esos servicios los presten de forma continua, universal y con calidad, en ejercicio de derechos propios.

3. El paradigma del riesgo, en el caso de Chile, si bien está presente y ya impacta en otros sectores de su ordenamiento jurídico, no se aprecia en la regulación y prestación de las actividades calificadas por la ley como servicios públicos, entre ellas los servicios sanitarios, a pesar de estar liberalizadas y de prestarse en algunos casos bajo régimen de competencia, materia que sigue bajo la marcada influencia del paradigma del control.

4. Una parte de la dogmática jurídica chilena, así como algunos criterios jurisprudenciales y dictámenes de la Contraloría General, fundados en el marco regulatorio vigente, aportan suficientes criterios y bases para avanzar, en el ámbito de los servicios públicos y en particular en el de los servicios sanitarios, en la adopción del paradigma del riesgo.

¹⁰⁵ En el caso de la CEPAL, muy lejos de la titularidad estatal centralizada en autoridades nacionales, prevalece la descentralización en la fiscalización de los servicios y la aplicación de técnicas contractuales de colaboración público-privada que incluyen tanto el uso de la concesión como del arrendamiento. VERGÉS 2010, 18 y ss.

¹⁰⁶ En el caso de la OCDE, es relevante examinar en su *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Agua*, las acciones de colaboración público-privada que plantea partiendo de la noción de "gobernanza del agua".

5. La reorientación propuesta, a la que convendría dar bases firmes en la constitución a elaborar en este 2021 de modo tal que Chile pueda finalmente dejar atrás el paradigma del control, generaría importantes cambios en el rol de la Administración Pública del sector sanitario, al adecuarlo a la idea del Estado garante, en el rol de los proveedores, que tendrían más participación, responsabilidad y seguridad al ejercer la actividad, y en el rol del control jurisdiccional, que pasaría de limitarse a una revisión formal de juridicidad de la actividad administrativa a evaluar con mayor rigor la metodología de decisión seguida por la Administración.

Bibliografía citada

- AGUILERA MEDINA, C. (2020). ¿De qué hablamos cuando hablamos de servicio público? Notas para un análisis crítico. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 5-31.
- AIMONE GIBSON, E. y SILVA WALBAUM, A. (2019). *Noción de Derecho Económico y Actividades Económicas Reguladas*. Thomson Reuters.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 5-36.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2016). La supervisión basada en riesgo. Notas sobre su aplicación en Chile. En J. Carlos Ferrada, J. Bermúdez y O. Urrutia (Eds.). *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp. 267-283). Ediciones Universitarias de Valparaíso-PUCV.
- BARNES, J. (2012). Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación. En J. Barnes (Ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo* (251-377). Instituto Nacional de Administración Pública.
- BECK, U. (2002). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- BÖHMLER, A. (1998). *El Ideal de Cultural del Liberalismo. La filosofía política del ordo-liberalismo*. Unión Editorial.
- CALVO MIRANDA, J. (2010). Abastecimiento de agua potable y saneamiento de las aguas residuales urbanas en España. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (36), 295-312.
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV. Abeledo Perrot.
- CIENFUEGOS SALGADO, D. y RODRÍGUEZ LOZANO, L. (Coord.) (2008). *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (1991). El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión. En S. Martín-Retortillo Baquer y E. García de Enterría Martínez-Carande (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. De los derechos y deberes fundamentales* (Vol. 2, pp. 943-972). Editorial Civitas.
- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Comunicación de la Comisión relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea "El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!"*. <https://bit.ly/3npJyYs>
- DARNACULLETA, M. ESTEVE, J. y SPIECKER, I. (2015). *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Marcial Pons.
- DARNACULLETA, M. y TARRÉS, M. (2000). "Adelgazamiento" del Estado y modernización administrativa. A propósito del informe "Schlanker Staat". *Revista Catalana de Derecho Público* (26), 335-347.
- DE LA CUÉTARA, J. (1997). Tres postulados para el nuevo servicio público. En J. M. de la Cuétara y J. L. Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público* (pp. 107-184). Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

- ESTEVE PARDO, J. (2015a). Las aportaciones de Ulrich Beck a la comprensión del nuevo entorno sociológico. En C. Amado Gomes y L. H. Terrinha (Coord.), *In Memoriam Ulrich Beck*. (pp. 96-104). Centro de Investigação de Direito Público.
- ESTEVE PARDO, J. (2015b). La Administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública* (97), 11-39.
- ESTEVE PARDO, J. (2015c). *Estado Garante. Idea y Realidad*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- ESTEVE PARDO, J. (2014). La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización. *Revista Vasca de Administración Pública* (núm. especial 99-100), 1231-1239.
- ESTEVE PARDO, J. (2012). La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública* (189), 11-40.
- ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública* (193), 11-44.
- GARCÍA RUBIO, J. (2012a). (6 de enero de 2021). Régimen jurídico-administrativo del servicio de abastecimiento de agua a las poblaciones y sus vinculaciones urbanísticas y de servicio público (I). *La Administración al día*. Instituto Nacional de Administración Pública. <https://bit.ly/35hJLGU>
- GARCÍA RUBIO, J. (2012b). (6 de enero de 2021). Régimen jurídico-administrativo del servicio de abastecimiento de agua a las poblaciones y sus vinculaciones urbanísticas y de servicio público (I). *La Administración al día*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. <https://bit.ly/3nwwy3D>
- HERRERA ORELLANA, L. (2020). La exención de las empresas sanitarias de solicitar permisos municipales de construcción y urbanismo y su naturaleza "estatal" (Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rol 27.106-2019). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 193-200.
- KRAUSE, M. (2011). *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*. La Ley.
- LAGUNA DE PAZ, J. (2019). *Derecho Administrativo Económico*. Civitas-Thomson Reuters.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2014). La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior mucho más que un servicio de interés económico general. *Revista española de derecho administrativo* (163), 181-215.
- MARTÍNEZ MESEGUER, C. (2009). *La Teoría Evolutiva de las Instituciones. La perspectiva austríaca* (2º ed.). Unión Editorial.
- MATÉS BARCO, J. (2017). El servicio público de abastecimiento de agua en España (siglos XIX y XX): El proceso de acumulación de competencias de los ayuntamientos. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais* 9(18), 36-57.
- MESTRE DELGADO, J. (2009). Abastecimiento de agua a poblaciones. En T. Cano Campos (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (Vol. 7) (Servicios públicos), pp. 361-383). Iustel.
- MOLINA OLIVERA, M. (2017). Régimen de afectación de bienes en los servicios públicos sanitarios chilenos: una aplicación matizada en un régimen liberal. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (25), 81-94.
- MONTT OYARZÚN, S. (2010). *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.
- MUÑOZ LEÓN, F. (2011). Autonomía y responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad. *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* (1), 502-524.
- MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (2010). *Derecho de la Regulación Económica. Fundamentos e instituciones de la regulación* (Vol. 1). Iustel.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2016). *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Agua*. <https://bit.ly/2LewMPs>.

- PERALTA ANABALÓN, D. (2006). Imperfecciones de la regulación de los servicios sanitarios de agua potable y alcantarillado. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (16), 157-166.
- PIERRY ARRAU, P. (1977). El servicio Público en Chile. En *Actas de las VII Jornadas de Derecho Público* (pp. 197-210). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RHONHEIMER, M. (2017). *Libertad Económica, Capitalismo y Ética Cristiana. Ensayos para un encuentro entre economía de mercado y pensamiento cristiano*. Unión Editorial.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2019a). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Ediciones DER.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2019b). Potestades de la Comisión de Mercado Financiero (CMF). Entre control y regulación de riesgos. En *Anuario Iberoamericano de Regulación: Hacia una regulación inteligente* (pp. 117-131). Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014a). *Las potestades administrativas en el derecho chileno*. Thomson Reuters.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014b). Particularidades del servicio público de abastecimiento de agua potable. El servicio privado de interés público en los sistemas de agua potable rural (APR). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (18), 7-44.
- ROJAS CALDERÓN, C. (2014c). La categoría jurídica de los "servicios privados de interés público". El caso de las juntas de vigilancia de ríos. *Revista Chilena de Derecho* (41), 171-204.
- SALDIVIA MEDINA, J. (1999). Rol y facultades de la superintendencia de servicios sanitarios al amparo del nuevo marco regulador. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, I/2, 335-340.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El servicio público*. Editorial Jurídica de Chile.
- SCHMIDT-ASSMAN, E. (2012). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. En: Javier Barnes (editor). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- SOTO KLOSS, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Thomson Reuters.
- VERGARA BLANCO, A. (2020). Aguas servidas tratadas contenidas en instalaciones sanitarias: Su naturaleza jurídica. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 85-118.
- VERGARA BLANCO, A. (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (12), 33-49.
- VERGARA ESTÉVEZ, J. (2005). El mito de las privatizaciones en Chile. *Polis. Revista Latinoamericana* (12), 1-9.
- VERGÉS, J. F. (2010). *Servicios de agua potable y alcantarillado: lecciones de las experiencias de Alemania, Francia e Inglaterra*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Normativa citada

- Decreto N° 382 de 1982 [con fuerza de ley]. Ley general de servicios sanitarios. 30 de diciembre de 1988. D.O. N° 33.410.
- Decreto N° 70 de 1988 [con fuerza de ley]. Ley de tarifas de servicios sanitarios. 30 de marzo de 1988. D.O. N° 33.259
- Ley N° 18.902 de 1989. Que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. 8 de enero de 1989. D.O. N° 33.581.
- Constitución Política de Chile [Const.]. Art. 19 N° 24 inc. final. 22 de septiembre de 2005 (Chile).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 1.419-2009; 17 de mayo de 2011.
- Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 8.268-2012; 28 de enero de 2013.

Dictamen N° 009402N16, de 5 de febrero de 2016.
Tribunal Constitucional. Roles 5572-18/5650-18 –acumulados–; 18 de enero de 2019.
Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 12.991-2019; 25 de julio de 2019.
Tribunal Constitucional. Rol 4795-18; 2 de agosto de 2019.
Dictamen N° 29.354, de 15 de noviembre de 2019.
Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 11.909-2019; 3 de enero de 2020.
Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Rol 27.106-2019; 30 marzo 2020.
Tribunal Constitucional. Rol 8484-2020; 8 de octubre de 2020.
Dictamen N° 53863, de 23 de noviembre de 2020.
Dictamen N° E63587N20, de 28 de diciembre de 2020.

Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales

Techniques and methodological proposal for the control of legality of regulated and discretionary administrative acts

Fabián Huepe Artigas*

El presente trabajo propone un método práctico de control de legalidad de los actos administrativos a través de varios pasos, iniciando con la identificación y análisis de los elementos del acto administrativo, su cobertura normativa y la detección del vicio de ilegalidad del acto en relación con la norma jurídica infringida. Para ello, el autor acude a la técnica de control de los actos administrativos discrecionales, pero adaptándola para todo tipo de actos.

Palabras clave: control de legalidad, actos administrativos, poderes discrecionales.

At paper proposes a practical method of controlling the legality of administrative acts through several steps, starting with the identification and analysis of the elements of the administrative act, its normative coverage and the detection of the vice of illegality of the act in relation to the violated legal rule. The author for this uses the technique of control of discretionary administrative acts, but adapting it for all kinds of acts.

Keywords: legality control, administrative acts, discretionary powers.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

Uno de los temas de mayor relevancia en el actual derecho administrativo, lo constituye el control de legalidad de los actos administrativos,

* Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Concepción. Correo electrónico: fhuepe@udec.cl. Dirección postal: Víctor Lamas 1290, Concepción, Chile.

Este trabajo se realiza en el contexto de incentivo a la investigación, según convenio con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Resolución N° 2020-005.

Artículo enviado el 26 de marzo de 2021 y aceptado el 3 de junio de 2021.

en especial cuando se le analiza desde la perspectiva de la protección de los intereses y derechos de los ciudadanos, siendo aquel control un límite al poder público.

Considerando la importancia del control de legalidad de los actos administrativos, baluarte de un Estado de Derecho, y siendo uno de sus elementos cardinales el control jurisdiccional de la Administración¹, se echa de menos, en nuestra doctrina un trabajo que aborde concretamente –desde una perspectiva metodológica– el cómo puede efectuarse dicho control, ya sea en relación a determinar cuáles son las técnicas que el derecho otorga para determinar la ilegalidad (antijuridicidad) del acto administrativo y qué método utilizar para efectuarlo. Sin embargo, antes de emprender la tarea, es necesario efectuar dos precisiones, ya en relación a lo que se entiende por control de “legalidad” del acto administrativo, por una parte, y cuál es el enfoque de dicho control, si meramente objetivo o también subjetivo, por la otra.

En cuanto a lo primero, solo en honor a la tradición y al lenguaje más común, se hace presente que, cada vez se haga mención al concepto de *control de legalidad* de los actos administrativos, en realidad se entenderá que se refiere al control de legalidad en *sentido amplio*, es decir, aquel que comprende no solo a la ley, sino que al derecho (Constitución y normas dictadas en conformidad a ella como indica el artículo 6° de la Constitución Política de la República, en adelante CPR) o, lo mismo, que se trata de un *control de legitimidad, jurídico o de juridicidad* de los actos administrativos.

Por otro lado, y en relación a la segunda interrogante, es necesario destacar que la tendencia de nuestro modelo de control de legalidad en el ámbito contencioso administrativo, si bien recibió la influencia francesa de un “control objetivo” o sistema objetivo, esto es, que lo fundamental no es la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo afectado sino que el resguardo de la “legalidad objetiva”², todo parece indicar que actualmente se ha producido una evolución y se está en presencia de un “sistema subjetivo” de control de legalidad de los actos de la Administración, que se centra en la defensa de los intereses y derechos subjetivos, bajo la influencia de la corriente alemana³.

¹ “El control jurisdiccional de los actos de las autoridades públicas parece a primera vista como necesariamente consistente y necesario para la vigencia del Estado de Derecho”. Vid. CANDIA y URBINA 2017, 105.

² En los sistemas objetivos, y atendida la finalidad del proceso contencioso administrativo –que no es otro que el resguardo de la legalidad– aquella es entendida en términos muy amplios como equivalente a una acción popular, pues a todo ciudadano le incumbe velar por el debido respeto del ordenamiento jurídico por parte de los órganos del Estado. Vid. HUEPE et al. 2019, 65.

³ Un trabajo completo sobre el sistema de justicia administrativo chileno y la influencia objetiva y subjetiva puede verse en FERRADA 2012, 103-126. En todo caso, la misma doctrina francesa parece tener en consideración tal viraje a un sistema subjetivo, como lo indica Morand-Deviller, a propósito del recurso por exceso de poder (acción de nulidad) al expresar que, si bien se trata de un recurso principalmente objetivo, sin embargo, él no puede escapar a una cierta “subjetividad” en nombre de las garantías a las cuales los administrados requirientes tienen ese

Efectuadas las precisiones anteriores, la hipótesis de este trabajo argumenta la necesidad de un método jurídico práctico de control de legalidad de los actos administrativos (punto I), cuya metodología de análisis (punto II) consiste, como primer paso, en la identificación y análisis de los elementos del acto administrativo a partir de aquellos, identificados y consensuados por la doctrina y jurisprudencia nacional (punto II, número 1); un segundo paso consistiría en analizar dichos elementos a la luz de la normativa constitucional y legal, a fin de identificar normativamente tales elementos (punto II, número 2); para finalmente en un tercer paso, contrastar el acto administrativo con la norma jurídica infringida, detectando dónde se encuentra el vicio de ilegalidad (punto II, número 3), utilizando una técnica de control que en este caso será una adaptación de la utilizada para los actos administrativos discrecionales, esto es, una técnica basada en un control de legalidad de: a) los elementos reglados del acto administrativo, b) de los hechos determinantes (que incluye la exactitud material de los hechos, la calificación jurídica de los hechos, con mención a los conceptos jurídicos determinados e indeterminados, y finalmente la apreciación de los hechos), y c) los principios jurídicos. En todo caso, se aclara que se está frente a una metodología aplicativa (método práctico) y técnica concreta de control de legalidad⁴ del acto administrativo terminal⁵, tanto para el acto reglado como el discrecional. Finalmente, el trabajo termina con la aplicación del método a un ejemplo práctico (punto III).

A continuación, se expone esta propuesta metodológica.

I. Necesidad de la metodología propuesta

El método propuesto como un método práctico. Metodología aplicativa

Hablar en general del método es referirse a un camino a seguir, a la manera de realizar un trabajo para llegar a la meta final⁶. En este sentido, la interrogante se refiere a determinar cuál es el camino más fiable para lograr un correcto control de legalidad del acto administrativo, especialmente cuando

derecho, lo que una corriente doctrinal contemporánea se ha empeñado en hacer resaltar. Vid. MORAND-DEVILLER 2010, 767.

⁴ Esta técnica de control perfectamente podría abarcar también el control de legalidad presupuestaria, tópico que ha sido poco tratado por la doctrina. En todo caso, habría que efectuar una mayor reflexión sobre la aplicación del método a este tipo de legalidad, por las particularidades que presenta. Sobre una aproximación al tema de legalidad presupuestaria Vid. PALLAVECINI 2011, 209 y ss.

⁵ El método propuesto no está pensado para el acto trámite –sin perjuicio pudiera ser parcialmente aplicable en lo que no pugne con sus particularidades– ya sea porque su estructura no es enteramente replicable al acto terminal, ya porque su impugnación es más restringida al tenor del artículo 15 inciso 2° de la Ley N° 19.880, y además porque en alguna doctrina se establece que no son impugnables de forma independiente al acto terminal. En este último sentido, Vid. PAREJO 2014, 441.

⁶ La etimología de la palabra “método” proviene del latín *methodus*, que proviene de dos palabras griegas: *metos* y *hodos*. La palabra *meta*, significa, *más allá*, y la palabra *hodo*, significa camino. Por lo tanto, uniendo ambas palabras, método significaría “camino seguro para llegar más allá”. Vid. DICCIONARIO ETIMOLÓGICO CASTELLANO EN LÍNEA.

se le ha reclamado su ilegalidad o arbitrariedad. En lenguaje científico se suele referir por método a una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional y, por tanto, subjetivamente controlable; en tanto que, en metodología jurídica, el método consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad con las que debe trabajarse con el derecho para alcanzar resultados científicamente aceptables⁷.

Atendido a que estamos en el campo del derecho administrativo, es necesario acudir a su teoría para recoger, a su vez, la teoría del acto administrativo, que nos permita identificar cuáles son sus elementos constitutivos y conectarlo con la normativa constitucional y legal de nuestro propio sistema. Ello implica un trabajo riguroso para ofrecer un modelo teórico que, según Vergara, no puede quedar entregado solo al fuero interno del jurista que lo lleve a aferrarse exageradamente a los dictados de su propia conciencia ética o política, por una parte, o a la literalidad desnuda y aislada de un texto normativo, por la otra, debiendo el jurista tener consciencia de la existencia de filtros que la cultura jurídica ha puesto a nuestro servicio: un método y una hermenéutica rigurosa⁸.

En este contexto –y siguiendo el razonamiento de Rodríguez de Santiago– cabe hacer presente que no se trata aquí de proponer, una “metodología académica” buscando construir *sistemas teóricos* para explicar alguna institución del derecho administrativo, sino que una *metodología aplicativa*⁹, esto es, un método o camino de tipo práctico para identificar el vicio de ilegalidad de un acto administrativo que ha sido denunciado como tal. Por lo dicho, lo que ofrezco es un *método práctico* y una *técnica concreta* de control de legalidad del acto administrativo, cuyos destinatarios son los operadores del derecho, esto es, jueces y abogados; los primeros para determinar, en el caso concreto que se les presenta ante ellos, “dónde” radica el vicio de ilegalidad del acto administrativo y, con ello, determinar si procede acoger o no un reclamo de ilegalidad del mismo, y los segundos, para que logren también identificar cuál es la debilidad del acto administrativo que pretenden impugnar, ya en sede administrativa o judicial, para posteriormente argumentar jurídicamente su ilegalidad, o, desde el lado opuesto del abogado o asesor de la Administración, verificar y eventualmente contar con argumentos para rechazar el reclamo de ilegalidad que se formule en contra del acto administrativo.

⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 11.

⁸ VERGARA 2010, 22.

⁹ El autor español en su trabajo utiliza la *metodología aplicativa* no solo para el control de la decisión administrativa, sino que también para su adopción. El enfoque que planteo en este trabajo es más restrictivo solo en relación a la ilegalidad o arbitrariedad del acto administrativo y sobre cómo identificar el vicio del acto. Sobre la distinción entre *metodología aplicativa* y *metodología académica*, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 11-18.

II. Metodología de análisis de los elementos y vicios del acto administrativo

De acuerdo a lo ya señalado, para aplicar el método práctico propuesto, es necesario realizar los siguientes pasos:

1. Primer paso: la identificación y análisis de los elementos del acto administrativo como primer presupuesto para un adecuado control de legalidad del acto administrativo

Un control de legalidad del acto administrativo supone, como ya se ha señalado, verificar si dicho acto se encuentra conforme a derecho, de tal manera que, de no ser así, será *ilegal* o *antijurídico*. Ahora bien, para saber cuándo un acto es ilegal no basta con determinar simplemente si aquel ha infringido expresamente una norma de derecho (por ejemplo, si un órgano administrativo otorga un permiso que la ley no le autoriza, o aplica una sanción que la ley no establece), sino también si el referido acto se fundó en hechos reales o comprobados; o si la calificación jurídica del hecho fue correcta; o si los fundamentos justificantes del acto son realmente consistentes, coherentes o razonables con el hecho determinante o en sus resultados; o si esos fundamentos se expresaron en el acto que afecta al administrado, o bien, si dicho acto fue o no simplemente una excusa para encubrir una finalidad ilícita, etc. Sin embargo, estos cuestionamientos no pueden quedar entregados a una mera intuición que concluya en la ilegalidad del acto administrativo. Entonces, ¿cuáles de estas sospechas generan la ilegalidad del acto administrativo y qué elementos del acto se ven afectados con estos vicios?

Lo dicho anteriormente es relevante, porque la declaración de ilegalidad del acto administrativo está estrechamente conectada con su *invalidéz*, o *nulidad*¹⁰, lo que implica estar inmersos en el análisis de los vicios de ilegalidad que puedan fundar una *teoría de nulidad de los actos administrativos*. Por lo tanto, para construir adecuadamente una teoría de nulidad de los actos administrativos, pero más importante aún, para poder identificar dónde se ubican los vicios de ilegalidad que puedan afectar al acto administrativo, es fundamental conocer *cuáles son los elementos del acto administrativo*. En otras palabras, existe una conexión recíproca entre la identificación y determinación de los elementos del acto administrativo con una teoría de nulidad o invalidéz de éstos, de tal manera que, conocer e identificar los elementos del acto administrativo es fundamental para determinar la invalidéz o nulidad

¹⁰ La invalidación es el nombre que toma la declaración de nulidad cuando es hecha por la propia Administración, que no por los tribunales de justicia". Vid. MORAGA 2010, 266. Este autor además señala que "Rolando Pantoja recuerda que las denominaciones revocación e invalidación derivaron de un acuerdo de los administrativistas uruguayos y chilenos en las Segundas Jornadas Chileno Uruguayas de Derecho Comparado (Santiago 1957). En ellas, y para poder alcanzar precisión jurídica, además se reservó la voz nulidad para denotar la extinción de un acto administrativo por sentencia jurisdiccional" (Vid., en pie de pág. 541).

de éste, y viceversa, para determinar la nulidad o invalidez del acto administrativo es necesario conocer sus elementos.

Con razón ha señalado Valdivia que los elementos del acto administrativo también se conciben como condiciones de validez en cuanto vienen determinados por la ley, en razón de la importancia del principio de legalidad, agregando que:

la identificación de los elementos del acto administrativo es de importancia crucial para la teoría de la nulidad de derecho público: los elementos del acto administrativo son aquellas condiciones estructurales necesarias para su validez, sin cuya concurrencia (perfecta) el acto es susceptible de ser anulado. Existe, pues, una correlación fuerte entre elementos del acto y su anverso, que configuran vicios de nulidad¹¹.

Lo anterior no es más que la adaptación del mismo razonamiento empleado para construir la teoría de nulidad de los actos jurídicos del derecho privado en función de sus requisitos de existencia y validez, con la teoría de nulidad de los actos administrativos en función de sus elementos¹².

Por las razones anteriores, y considerando que es un presupuesto básico conocer los elementos del acto administrativo para un adecuado control de legalidad y el desarrollo de una teoría de nulidad de los actos administrativos¹³, se hace necesario identificarlos a la luz de nuestra normativa constitucional y legal para vincularlo con la ilegalidad, ilegitimidad o antijuridicidad de estos.

1.1. *Los elementos del acto administrativo. Problemática*

Precisamente, uno de los problemas complejos a resolver para configurar un método práctico para el control de legalidad de los actos administrativos dice relación con la identificación de sus elementos. En España, Velasco señala que no hay acuerdo en la doctrina sobre cuáles son *los elementos del acto* y *qué es su contenido*, a lo que se une el concepto del objeto que aporta aún más oscuridad a la teoría del acto administrativo, concluyendo que no hay que culpar aquí a la doctrina administrativista, pues no ha hecho más que heredar cuestiones no resueltas de la teoría del negocio jurídico civil¹⁴. En

¹¹ VALDIVIA 2018, 216.

¹² "La teoría de la invalidez de los actos jurídicos es en la actualidad patrimonio común de la ciencia jurídica, en cuanto esquema de conceptos de teoría general del Derecho, bien que esta teoría general se haya construido y se siga construyendo fundamentalmente sobre las técnicas y conceptos del Derecho Civil". Vid GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 620.

¹³ El presente trabajo no tratará sobre los efectos de la ilegalidad del acto (y su relación con la nulidad de derecho público) por requerir un análisis separado.

¹⁴ VELASCO 1996, 55. En todo caso, y tratándose de la doctrina nacional civilista, no hay discusión mayor en orden a los requisitos de existencia y validez del acto jurídico.

realidad, esta indefinición o variedad de lo que se entiende por elementos del acto administrativo también está presente en el derecho comparado¹⁵.

Esta indefinición tampoco es desconocida en nuestro país. Solo a vía ejemplar, Bermúdez indica que los elementos del acto administrativo se clasifican en: a) elementos objetivos (competencia y contenido), b) elemento causal o motivos (causa o motivo, entendida como expresión sinónima), c) elemento teleológico finalista (fin) y d) elemento formal (forma, procedimiento y motivación)¹⁶; en cambio, Cordero Vega señala que los elementos del acto administrativo se clasifican en: a) requisitos subjetivos: órgano competente de la Administración Pública con investidura regular¹⁷, b) requisitos objetivos (presupuesto de hecho y fin de la declaración), c) causa “y” motivo del acto (entendidos como conceptos distintos)¹⁸ y d) requisitos formales

¹⁵ Para la doctrina española, Velasco indica que, según Bocanegra, los elementos esenciales del acto administrativo son: causa, la voluntad, forma, el contenido en fin, y también para García-Trevijano Fos, el contenido es un elemento esencial del acto administrativo (VELASCO 1996, 55); para García de Enterría y Fernández los elementos del acto administrativo se clasifican en los elementos subjetivos (Administración, órgano, competencia, investidura regular del órgano); elementos objetivos: (presupuesto de hecho, fin, causa, y motivo, estos dos últimos como conceptos diferenciados al igual como lo indica Cordero Vega en Chile); otros elementos objetivos (la declaración y su contenido y objeto) y los elementos formales (el procedimiento y la forma de manifestación, en particular, la motivación) (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 556-566); Parejo Alfonso indica que hay elementos objetivos (órgano que tenga atribuida la competencia, que las personas físicas titulares estén investidas formalmente, que no existan vicios en la formación y existencia de la voluntad del órgano, y que sea regular el ejercicio de la competencia) y elementos formales (procedimiento, forma externa, motivación) (PAREJO 2014, 446-450).

Maurer, para la doctrina alemana señala que los requisitos jurídicos exigidos para que sea válido el acto administrativo son los requisitos de admisibilidad (aspectos referidos a si determinadas prestaciones pueden establecerse mediante acto administrativo) requisitos de validez formal (competencia, procedimiento, forma, motivación) y requisitos de validez material (conformidad con las leyes, habilitación para actuar, ausencia de defectos en el ejercicio de la discrecionalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de certeza, y otros presupuestos de validez) (MAURER 2011, 266-274).

En la doctrina francesa Morand-Deviller desarrolla las causales de nulidad del acto administrativo en relación a los elementos del mismo, esto es, competencia, forma, fin, objeto y motivos de acto (MORAND-DEVILLER 2010, 775).

En el caso sudamericano, en Argentina, Cassagne establece como elementos esenciales del acto administrativo, el elemento subjetivo (competencia, e incluso en algunos casos la capacidad), la causa, el objeto, la forma y la finalidad, en tanto que la voluntad es un presupuesto del acto administrativo (CASSAGNE 2006, 181-211); en Perú, Guzmán indica que los elementos esenciales del acto administrativo son la competencia, la motivación, el objeto o contenido, el procedimiento y la finalidad pública, en tanto que elementos *no esenciales* lo configuran la causa, la forma y la modalidad (GUZMÁN 2013, 327-335)

¹⁶ BERMÚDEZ 2011, 117-120.

¹⁷ Nótese que Cordero señala que la competencia es un *requisito subjetivo*, al identificarlo con el órgano y Bermúdez, que es un *elemento objetivo*, al identificarlo con la medida del poder público.

¹⁸ Cordero Vega señala que los motivos son “la razón de ser”, el fundamento, o la *causa impulsiva* en tanto que la causa es la *causa finalis*, que es la adecuación del contenido del acto a los fines que persigue concluyendo que la infracción a la “causa” afecta el estándar de legalidad, en tanto que la infracción a la motivación (que al parecer identifica con el motivo) afecta el estándar de razonabilidad. (Vid. Cordero Vega 2015, 263). A mi juicio esta distinción entre causa y motivo y esta última con la identificación a la motivación me parece un tanto confusa y compleja para

(procedimiento). Valdivia, por su parte, recogiendo la doctrina francesa, señala que los elementos del acto administrativo se dividen en: I) elementos de legalidad externa: a) la competencia (que incluye la investidura regular), y b) forma (formalidades instrumentales y procedimiento) y II) elementos de legalidad interna: a) fin, b) motivo (con su exigencia sustantiva como supuesto de hecho y su calificación jurídica, distinguiéndose de la motivación que es un requisito formal) y c) objeto (contenido resolutorio, decisión concreta)¹⁹. Por otra parte, en nuestro derecho administrativo más clásico y tradicional, Soto Kloss señala que los elementos del acto administrativo se dividen en: a) los *supuestos* de todo acto administrativo que corresponden a: 1) la investidura regular, 2) la previa habilitación jurídica para actuar (competencia), y 3) un debido procedimiento; b) un *presupuesto* del acto administrativo que es el "motivo" y c) *los elementos básicos o constitutivos* del acto que corresponden a la motivación, objeto y fin²⁰; en tanto que Pierry, recogiendo también la doctrina francesa, reconoce como elementos del acto administrativo la competencia, forma, fin, motivo y objeto del acto, indicando que las ilegalidades se darán precisamente en relación con dichos elementos (incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, ilegalidad por ausencia de motivos legales o inexistencia de motivos invocados, y violación de la ley en cuanto al objeto)²¹.

Como puede observarse, la doctrina no es uniforme en relación a la identificación de los elementos del acto administrativo (a diferencia de lo que sucede en la doctrina nacional con los requisitos del acto jurídico del derecho civil). En este sentido, Cassagne expresa que el carácter *ius in fieri* (derecho en vías de hacerse) que posee el Derecho Administrativo y la ausencia de una regulación normativa apropiada en la mayor parte de los países, han contribuido a que los tratadistas, en la búsqueda de una mayor originalidad, muchas veces incurrieran en discrepancias de tipo semántico, donde pueden descubrirse, una vez quitados los ropajes terminológicos, desacuerdos tan solo aparentes, haciendo que un mismo elemento aparezca en la estructura del acto con otra denominación²². Dicho lo anterior, lo más adecuado y conveniente es consensuar una estructura uniforme de los elementos del acto administrativo que sea aceptada por la doctrina nacional para de esta forma, poder construir ordenadamente un método de control de la legalidad del acto y posteriormente elaborar una teoría de nulidad de los mismos que sea coherente.

entender, lo que afectaría en la aplicación que de ella hagan los operadores del Derecho para efectos de construir un control de legalidad del acto administrativo.

¹⁹ VALDIVIA 2018, 223.

²⁰ SOTO KLOSS 2010, 366-367.

²¹ PIERRY 2017, 243.

²² Aunque posteriormente el autor concluye que el problema no se reduce a una cuestión meramente terminológica. Vid. CASSAGNE 2006, 180.

1.2. *Los elementos del acto administrativo. Consenso*

Para resolver el inconveniente anterior, un buen método para consensuar una estructura uniforme sobre los elementos del acto administrativo es efectuar una observación de las jurisprudencias administrativa y judicial, a fin de determinar cuál es la estructura de elementos del acto administrativo que aquéllas han aceptado y consensuado.

En relación a la jurisprudencia administrativa, la Contraloría General de la República ha dictaminado que los elementos del acto administrativo se refieren al aspecto subjetivo, al aspecto de licitud y al aspecto formal que, en resumen, hacen referencia a la competencia (elemento subjetivo), motivo, objeto y fin (elemento de licitud) y forma (aspecto formal)²³.

Por su parte, en la jurisprudencia judicial, la Corte Suprema ha señalado que los elementos del acto administrativo son: la competencia, el motivo, el objeto, el fin y la forma, siguiendo a la corriente francesa que se incorpora probablemente bajo la influencia de Pierry. En efecto, la Tercera Sala del máximo Tribunal ha recogido y aceptado una doctrina consistente en este sentido, a lo menos desde el año 2008, en los votos disidentes y de prevención de Pedro Pierry (quien en su oportunidad fuera Ministro de la Corte Suprema), a propósito de la posibilidad de la Inspección del Trabajo para calificar jurídicamente los hechos en su fiscalización, así como para interpretar las cláusulas de los contratos de trabajo²⁴, y posteriormente se reanuda esta postura en los votos de mayoría²⁵.

En esencia, la Corte Suprema ha señalado que

(...) el control de la legalidad de los actos administrativos por parte del juez, fundamental para el Estado de derecho, consiste en examinar la legalidad de los mismos en relación con sus distintos elementos, a saber: forma, competencia, fin, objeto y motivos del acto, siendo el control en relación con los motivos el más característico del control jurisdiccional,

²³ Dictámenes N° 56.046 (2003), 17.820 (2004) y 45.191 (2004).

²⁴ Corporación Nacional del Cobre, Codelco Chile División El Salvador contra Dirección Regional del Trabajo, III Región Atacama (2008) Corte Suprema, rol 887-2008; Codelco Chile-División Andina contra Inspección Provincial del Trabajo de Los Andes (2008) Corte Suprema, rol 1062-2008; Codelco Chile-División Ventanas contra Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso (2008) Corte Suprema, rol 1063-2008; METSO Minerals contra Codelco Chile (2008) Corte Suprema, rol 1073-2008; Corporación Nacional del Cobre, División El Teniente contra Dirección del Trabajo y Otros (2008) Corte Suprema, rol 1074-2008; Minera Escondida Limitada contra Inspección Provincial del Trabajo Antofagasta (2008) Corte Suprema, rol 1075-2008; Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Codelco Norte contra Dirección Regional del Trabajo; Inspección Provincial del Trabajo Calama y Fiscalizadores (2008) Corte Suprema, rol 1076-2008; Asociación Gremial Proveedores Minería Chile - Dirección Trabajo Los Andes (2008) Corte Suprema, rol 1838-2008; Gastón Enrique Montero Alvarez; Francisco Vera Vera; con Inspección Regional del Trabajo de Temuco (2009) Corte Suprema, rol 4661-2009, entre otros.

²⁵ Por ejemplo, Emergencias Médicas S.A. contra Inspección del Trabajo de Concepción (2010) Corte Suprema, rol 6217-2010; Asociación Chilena de Seguridad con Inspección Provincial del Trabajo Última Esperanza (2013) Corte Suprema, rol 2523-2013 e Inspección Comunal del Trabajo de Providencia con Gestión Regional de Medios S.A. (2013) Corte Suprema, rol 8393-2013.

pues se refiere al análisis de los hechos que fundamentan el acto administrativo. En relación a los motivos, el juez controla y verifica la existencia de los motivos que sirven de fundamento al acto, la calificación jurídica que de los mismos ha hecho la autoridad, cuando ella sea necesaria para su fundamento; y, eventualmente, la apreciación de los hechos, siendo esto último muy excepcional, pues por principio corresponde a la discrecionalidad administrativa²⁶.

Esta doctrina aún se reitera en fallos actuales de la Corte Suprema, incluso para otras materias distintas a la temática de la fiscalización laboral expresada en los fallos indicados²⁷, aunque cabe hacer notar cierta vacilación en torno a la claridad para identificar los referidos elementos del acto administrativo, introduciendo, por ejemplo, el concepto de “causa” como elemento del acto administrativo, pero vinculado con el concepto de motivación²⁸ que, para la doctrina clásica es distinto del elemento motivo²⁹. En este punto es posible que alguna jurisprudencia judicial haya asimilado el motivo y motivación del acto como expresiones sinónimas³⁰.

Con todo, de acuerdo a esta observación de la jurisprudencia administrativa y judicial es posible *consensuar*, los siguientes elementos del acto ad-

²⁶ Corporación Nacional del Cobre, Codelco Chile División El Salvador contra Dirección Regional del Trabajo, III Región Atacama (2008) Corte Suprema, rol 887-2008, considerando segundo, y en los demás fallos indicados en nota anterior.

²⁷ Por ejemplo, Maureen Berger Salinas con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (2019) Corte Suprema, rol 16103-2019, considerando 4°; Yasna Sanhueza Córdova con Ministerio de Las Culturas, Las Artes y El Patrimonio (2019), Corte Suprema, rol 1497-2019, considerando 5°; Martín Delgado Tolosa con Municipalidad de Coinco (2019) Corte Suprema, rol 7815-2019, considerando 4°; Jorge Fuentes Reyes con Fondo de Solidaridad e Inversión Social (2019) 3403-2019, considerando 3°, entre otros.

²⁸ Por ejemplo, en Andrés Platero Chang con Contraloría Regional de Tarapacá (2020) Corte Suprema, rol 39649-2020, se dice en su considerando décimo que “...en este contexto, resulta necesario precisar que la causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho”. En igual razonamiento (a mi juicio, inexacto), están los fallos Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique (2020) Corte Suprema, rol 20302-2018 y Cristian Jorquera Donaire con I. Municipalidad de Las Cabras (2020) Corte Suprema, rol 24049-2019, entre otros.

²⁹ “El motivo debe distinguirse de la motivación, con lo cual guarda estrechas relaciones. Mientras el motivo es un elemento de fondo de los actos administrativos, la motivación es un requisito formal consistente en la expresión de los motivos”. Vid. VALDIVIA 2018, 222.

³⁰ Sobre este aspecto, Silva Cimma señalaba que: la doctrina clásica del Derecho Administrativo inicialmente distinguía entre el motivo y la motivación del acto administrativo, identificando al primero como las circunstancias de hecho y de derecho que originaban y justificaban la emisión del acto y, al segundo, como la expresión formal de dichas circunstancias, vale decir, de lo que entonces se conocía como motivo. En la actualidad, ya no se hace tal distinción y se estima que ambos vocablos son sinónimos y significativos de las circunstancias de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo y que se expresan formalmente en su texto. (SILVA CIMMA 1995, 112).

Sin embargo, no veo a mi juicio, que se pueda predicar que esta diferencia está superada y, en realidad, es una cuestión terminológica la separación conceptual entre motivo y motivación, que me parece es más ordenada y permite un mejor estudio de los componentes de un acto administrativo.

ministrativo: a) competencia (que incluye la investidura del titular del órgano), b) la forma (que incluye a la motivación del acto), c) el fin, d) los motivos y e) el objeto del acto. Sobre la base de esta estructura se puede construir ordenadamente una teoría de control y de nulidad de los actos administrativos.

Ahora bien, para vincular el vicio de los elementos del acto administrativo con su ilegalidad procederé a continuación a identificar el sustento normativo de los elementos del acto en nuestro ordenamiento positivo.

2. Segundo paso: identificación de los elementos del acto administrativo con la normativa constitucional y legal

Si se pudiera vincular cada uno de los elementos del acto administrativo ya señalados (competencia, forma, motivos, objeto y fin del acto) con nuestra normativa constitucional y legal, podría construirse, científicamente (en la forma como lo entiende el derecho) y de modo coherente, un sistema de control de legalidad del acto administrativo y el desarrollo de una eficaz teoría de su nulidad.

Pues bien, a mi juicio, existen normas constitucionales y legales claras y evidentes –la mayoría de ellas reconocidas por la jurisprudencia– que permiten vincular los elementos del acto administrativo con nuestro ordenamiento jurídico, y, para ello, se procederá a vincular cada elemento con la normativa constitucional y legal, para así, posteriormente, poder contrastar la ilegalidad del acto administrativo denunciado, con la Constitución, la ley y los principios jurídicos. A continuación, analizo cada uno de sus elementos:

2.1. Elementos formales del acto administrativo: son aquellos referidos a la forma o elemento adjetivo del acto, constituido por la competencia (que incluye la investidura regular) y la forma (que incluye la formalidad instrumental, en especial la motivación y el procedimiento). A continuación, analizo cada uno de ellos:

a. La competencia. Este elemento tradicionalmente se ha entendido como “la medida de la potestad que corresponde a cada órgano”³¹, siendo siempre una determinación normativa³². Si bien el concepto de competencia es problemático y pueden encontrarse varias definiciones³³, en mi opinión, la competencia, en un sentido inclusivo también se integra por las potestades y atribuciones del órgano, y no solo en un sentido más restringido de tipo orgánico³⁴. En armonía con lo anterior, a mi juicio, puede conceptualizarse

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 557.

³² *Ibidem*.

³³ También se puede definir la competencia como el conjunto de poderes jurídicos con que el Derecho dota, provee, o habilita, a un órgano para que actuando éste en la vida de relación de un sujeto jurídico (del cual es elemento y elemento intrínseco, sustancial) impute unitariamente los efectos de su actuación a este sujeto, y pueda así cumplir los fines para los cuales ha sido precisamente creado por el legislador. SOTO KLOSS 2010, 131.

³⁴ Cassagne, citando a García Trevijano Fos, sostiene que “referirse a la competencia como a la medida de la potestad o al complejo de funciones atribuidas a un órgano administrativo ha sido

la competencia como el conjunto de *funciones y atribuciones* que la Constitución y la ley otorgan al órgano administrativo para que, dentro de su ámbito espacial y en su grado respectivo, cumpla la finalidad establecida por el legislador. Dicha competencia, que se constituye a través de los clásicos elementos de territorio, materia, grado y poderes jurídicos³⁵, y que, a su vez, también entiende incluida la investidura regular del integrante del órgano, conforma un elemento constitutivo del acto administrativo que tiene un *reconocimiento normativo expreso* en los artículos 6° y 7° de la CPR³⁶ y 2° de la LOCBGAE³⁷. De lo dicho, es claro que el elemento competencia del acto administrativo tiene cobertura normativa expresa y su infracción implica un atentado a la legalidad del acto.

b. La forma. Este elemento, referido a la estructura externa del acto administrativo, involucra tanto la formalidad instrumental del acto (por ejemplo, su escrituración según lo exigen los artículos 3° y 5° de la Ley N° 19.880) como su procedimiento (el establecido en la propia Ley N° 19.880, ya sea por aplicación directa o supletoria, según la hipótesis que establece su artículo 2°)³⁸. Dicho elemento también tiene reconocimiento normativo expreso, tanto en el artículo 7° de la CPR, como en el artículo 3° de la Ley N° 19.880, al establecer que los actos administrativos son decisiones “formales”³⁹. Dentro de este elemento formal, cabe destacar la motivación que, precisamente, es un elemento de forma y no de fondo del acto administrativo, ya que se refiere a la *expresión formal (externa) de los motivos del acto* (que sí son un elemento de fondo) en el acto administrativo. Su consagración normativa para los actos administrativos desfavorables o de gravamen⁴⁰ está en el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880⁴¹, aun cuando la doctrina mayoritaria –que yo no comparto– sostiene que la motivación también tendría

también la posición comúnmente adoptada por los juristas al abordar esta cuestión, sin reparar en que también cabe incluir en la noción, la aptitud o el conjunto de atribuciones y facultades que corresponden al ente, es decir, a la persona jurídica pública Estado o a la entidad estatal descentralizada de que se trate”. Vid. CASSAGNE 2006, 184.

³⁵ Sobre la inclusión de los poderes jurídicos dentro de la competencia, vid. SILVA CIMMA, 1995, 89.

³⁶ Artículo 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

³⁷ Artículo 2°: 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”.

³⁸ Artículo 1°: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.

³⁹ Art. 3° inciso 2°: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones *formales* que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

⁴⁰ “El acto administrativo de gravamen o de contenido negativo supone una restricción, mera o limitación en el ámbito jurídico de una persona”. Vid. BERMÚDEZ 2011, 114.

⁴¹ Artículo 11 inciso 2°: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

su justificación normativa en el artículo 41, inciso 4°, de la Ley N° 19.880 bajo la expresión de decisión “fundada”⁴².

También se ha esgrimido el artículo 16 de la Ley N° 19.880 como otro argumento más de la exigencia de motivación de los actos administrativos⁴³, ya que dicha disposición señala que “El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”. Si bien comparto que es atendible considerarlo como cobertura normativa del elemento motivación, me parece que esta norma se encausa más en la finalidad de consagrar el principio de transparencia y publicidad de la Administración, que está regulada específicamente en la Ley N° 20.285 con su propio procedimiento de acceso a la información pública.

⁴² En este sentido MORAGA 2010, 222-223, BERMÚDEZ 2011, 118, LARA Y HELFMANN 2011, 274 y ss. Estos autores, tomando como base el artículo 41 inciso 4° de la ley N° 19.880 LBPA, han hecho sinónimas las expresiones “fundado” y “motivado”. Así, Moraga señala que “la resolución administrativa final contiene una decisión que debe ser fundada, es decir, el propio texto del acto administrativo debe dejar *constancia explícita...* de las razones de hecho y de derecho...” MORAGA 2010, 222. A su vez, Lara y Helfmann señalan en la introducción del análisis jurisprudencial del artículo 41 inciso 4° (que cita variados dictámenes de Contraloría que establecen la motivación en base a este artículo, tales como los Dictámenes N° 24.887/09, 27.893/08, 31.951/06 entre otras) que “se ha reforzado la obligatoriedad que tiene la Administración de indicar en el texto de su respuesta los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que se adopta y que se expresa en lo razonable e imparcial de sus decisiones. Lo anterior, por cuanto los actos administrativos deben ser *motivados o fundados...*” LARA Y HELFMANN 2011, 275. Finalmente, Bermúdez analizando el artículo 11 inciso 2° de la LBPA indica que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en los actos que afectaren los derechos de los particulares, señalando que “no solo los actos de contenido negativo o de gravamen deben ser motivados, sino que también los de contenido favorable, toda vez que por exigencia del artículo 41 inciso 4° las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada” (BERMÚDEZ 2011, 118).

En mi opinión, los conceptos “motivado” y “fundado” denotan cuestiones distintas. Un acto es motivado cuando explicita formalmente el motivo de un acto administrativo según ya se ha dicho, y un acto es fundado cuando contiene motivos o razones eficaces (según definición del DRAE Edición 22ª, 2001), o también *razones sobre base sólida* (según Diccionario Etimológico Castellano en línea), esto es, razones *suficientes* que justifican la emisión del acto, independientemente si está *motivado o no*. Entonces, un acto fundado es un acto *razonado o justificado* y, por lo tanto, una decisión fundada (art. 41 inciso 4°); es una decisión que contiene motivos suficientes, eficaces, justificados o razonados. No se trata de un acto *mínimamente justificado, sino que suficientemente justificado*.

En todo caso, me parece que si hay un argumento que demostraría que el acto administrativo terminal debe ser motivado sería por lo indicado en el inciso final del artículo 41 que señala que “La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”, y también lo indicado a continuación del mismo artículo 41 inciso 4°, al indicar la frase “Expresarán, además...” (es decir, otras expresiones o “explicitaciones”, además de la expresión de los fundamentos).

Como quiera que sea, parece ser positivo que nuestra doctrina acepte la motivación para todo tipo de actos administrativos terminales, aunque la exigencia de fundamentación de la decisión es algo distinto, a mi juicio, de la motivación, ya que la primera es una exigencia más de fondo que de forma.

⁴³ Por ejemplo, Myrna Pavez Gómez con Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género (2019); Miguel Ascencio Vidal con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (2019); Paula Inés Cruces Pérez con Gobierno Regional de Aysén (2019), entre otras.

Finalmente, el 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, también debe tenerse presente en este elemento, por cuanto solo un vicio esencial y que cause perjuicio puede afectar al elemento forma del acto administrativo, cuestión que se verá más adelante⁴⁴.

2.2. Elementos de fondo del acto administrativo: son aquellos referidos a los aspectos sustantivos del acto y aquí es posible encontrar a los elementos motivo, objeto y fin del acto. A continuación analizo cada uno de ellos:

a. Los motivos. Existen varias definiciones, pero podemos destacar que los motivos del acto administrativo o el elemento motivo es la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración Pública, en que están incorporados los elementos de hecho que se tuvieron a la vista para su dictación así como la causal legal justificatoria del acto administrativo. Por ello, los motivos del acto pueden ser jurídicos, que corresponden al conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, así como los principios generales del Derecho Administrativo y, también, fácticos, que es el conjunto de elementos de hecho que se ha tenido en cuenta en la resolución⁴⁵. Entonces, a mi juicio, los motivos son los antecedentes de hecho y de derecho que justifican la dictación del acto administrativo, o las circunstancias fácticas y jurídicas que lo fundamentan o los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la dictación del acto administrativo o, asimismo, los hechos que justifican el acto administrativo y su calificación jurídica, unido al razonamiento que justifica su emisión. Como puede verse, todas estas definiciones revelan los dos aspectos o dimensiones de los motivos del acto administrativo: los hechos y el derecho, o el aspecto fáctico y jurídico del acto administrativo.

Ahora bien, ¿tienen los motivos cobertura normativa como elemento del acto administrativo? ¿Hay alguna norma jurídica que identifica al elemento motivo? A primera vista podría ser el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880 pero aquel solo establece la exigencia legal y *formal* de expresar los motivos de acto (ya que la norma hace referencia a la *expresión* de los *fundamentos de hecho y de derecho*), pero no a la exigencia de establecer la inclusión de los motivos como elemento constitutivo del acto administrativo. En otras palabras, esta norma otorga reconocimiento normativo a la *motivación*, pero no a los *motivos* del acto administrativo.

Sin embargo, sí hay, a mi juicio, una norma que puede dar cobertura al elemento motivo del acto administrativo y no es el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, sino que *el artículo 41 inciso 4°* de la Ley N° 19.880, que señala: "Las resoluciones contendrán la decisión, que será *fundada*". Es en esta expresión *fundada* en que se contiene el elemento *motivo* del acto administrativo.

⁴⁴ *Infra* III, N° 1, letra b.

⁴⁵ BERMÚDEZ 2011, 118-119.

En efecto, la expresión *fundada* proviene del verbo *fundar* que, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “Apoyar algo con *motivos* y razones eficaces o con discursos”⁴⁶, de tal manera que el concepto “fundar” integra, a su vez, el elemento *motivo* y, de esta manera, una “decisión fundada” es una decisión “apoyada con *motivos* y *razones* eficaces”⁴⁷.

Entonces una decisión fundada es una decisión apoyada en motivos y de ahí, entonces, que el “elemento motivo” del acto administrativo está presente en la norma legal y tiene cobertura. Por lo tanto, que dicha decisión sea fundada quiere decir que está también *fundamentada*⁴⁸, esto es, que *contienen motivos*, pero no cualquier motivo, sino que *motivos suficientes, justificantes* de la decisión y ello por cuanto el concepto de decisión “fundada” es sinónima de decisión “razonada”, o decisión “justificada”, es decir, una decisión que “contiene suficientes fundamentos” o, en otras palabras, que contiene *suficientes motivos* que justifican, que *fundamentan* la decisión o razones eficaces que justifican la decisión⁴⁹.

Toda la argumentación antes señalada significa que la exigencia del elemento “motivo” del acto administrativo está inmersa, y normativamente establecida en el artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 bajo el concepto de “decisión fundada”, lo que, de por sí, ya es muy relevante; pero además se establece bajo esta norma otra trascendente garantía en la teoría del acto administrativo: que las decisiones o actos administrativos terminales siempre deben estar fundamentados, esto es, contener motivos realmente suficientes, eficaces y justificantes de la decisión administrativa, lo que es claramente diferente de su mera expresión formal en el acto final, o sea, de su motivación. Por ello he sostenido anteriormente que “fundado” no es sinónimo de “motivado”⁵⁰, ya que el primer concepto es *sustantivo o de fondo* referido a los motivos del acto administrativo, en tanto que el segundo, esto es, la motivación, es, en realidad, un elemento de forma referido solo a su expresión ex-

⁴⁶ Según definición del DRAE Edición 22ª, 2001(en línea).

⁴⁷ Lo anterior quiere demostrar argumentativamente que el concepto “decisión fundada” se refiere a que el acto administrativo debe apoyarse en el elemento motivo, que además no es cualquier motivo, sino que deben ser motivos suficientes.

⁴⁸ El verbo *fundar* viene del latín *fundare* (asentar, fundar, fundamentar) y *fundamentar* viene del latín a partir de *fundus* (base, fondo, finca), el sufijo *-mentum* que indica instrumento, medio o resultado, más el elemento *-ar* usado para crear verbos. Se refiere a la acción de establecer algo con una *base sólida*. Por otra parte, *fundamentum* propiamente tal significa en latín cimiento y en sentido figurado la base en que se sustenta cualquier cosa, como un *razonamiento*, juicio, etc. Vid. Diccionario Etimológico Castellano en línea.

⁴⁹ Según definición del DRAE Edición 22ª, 2001(en línea).

⁵⁰ Vid. HUEPE 2018, 303.

terna. Lo anterior implica que puede haber actos administrativos *motivados*, pero no fundados⁵¹ y viceversa⁵².

Finalmente, y con el objeto de colaborar a una teoría del acto administrativo, los motivos del acto administrativo deben ser siempre, como se dijo, *razonados*, sólidos, suficientes, eficaces y justificantes de la decisión, lo que también, en otro lugar, he señalado a propósito de la discrecionalidad administrativa, en cuanto a que el acto administrativo fundado es aquel acto administrativo *razonable*, esto es, consistente, coherente y proporcionado⁵³. Por ello se trata de una decisión fundada, o una decisión apoyada de motivos y razones suficientes y eficaces. Es por ello que la *razonabilidad* como un concepto englobante (tanto de la racionalidad como de la proporcionalidad) aquí es posible comprenderla para la revisión y control de los motivos del acto administrativo, precisamente con el denominado control de razonabilidad de la decisión, que García de Enterría y Fernández, proponen a través del denominado *doble test de racionalidad y razonabilidad*⁵⁴, cuestión que se ve más adelante a propósito del control de los motivos del acto.

b. El objeto. El objeto del acto administrativo corresponde a su contenido resolutorio, esto es, la decisión concreta que contiene: la regla que fija, el derecho o beneficio que confiere, la carga que impone⁵⁵. En el mismo sentido se indica que es la decisión o contenido esencial del acto administrativo y que implica una orden para realizar prestaciones concretas, exigibles tanto respecto de la propia Administración (si se trata de un acto de beneficio para su destinatario) como respecto de un tercero (a quien el acto haya impuesto

⁵¹ Por ejemplo, si una municipalidad niega la renovación de una patente de alcoholes a un particular, y expresa correctamente en el acto administrativo terminal los fundamentos de hecho y de derecho (porque, por ejemplo, expresa detalladamente la petición de renovación, que cumplió con tales y cuales trámites pero que la junta de vecinos indica que la patente es molesta para el sector sobre la base de desórdenes en el lugar –los hechos– y a su vez, que la ley autoriza al alcalde con acuerdo del concejo y oyendo a la junta de vecinos para no renovar la patente según el artículo 65 letra o) de la ley de municipalidades –el derecho– decidiendo la no renovación) entonces se trata de un acto perfectamente “motivado”. Sin embargo, si los hechos fundantes (los desórdenes) no son efectivos o no están comprobados, entonces estamos frente a una decisión “motivada” pero “no fundada” o fundamentada. Que los fundamentos sean insuficientes, no convierte la expresión de aquellos en una motivación ilegal, ya que solo se trata de un elemento formal que se cumplió en el caso. Aquí habría un vicio de fondo (motivos insuficientes) pero no de forma (motivación suficiente).

⁵² Al revés, puede haber un acto inmotivado, pero perfectamente fundado. Por ejemplo, en el mismo caso anterior, el expediente municipal contiene fundamentos de hecho y de derecho sólidos y claros en orden a que en el local del particular hay desórdenes públicos frecuentes, denuncias a carabineros, peleas y ebriedad, todo debidamente comprobado, y a su vez la decisión se tomó con los quórums y formas que establece el artículo 65 letra 0) de la ley de municipalidades, esto es, por decisión del alcalde con acuerdo del concejo municipal y oyendo a la junta de vecinos. Sin embargo, en el decreto municipal no se exponen estos antecedentes de hecho y de derecho por una omisión formal.

⁵³ HUEPE 2018, 281.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 490-491.

⁵⁵ VALDIVIA 2018, 223.

una carga, una sanción o un gravamen)⁵⁶. Como puede constatarse, y estando consciente de las dificultades para conceptualizar este elemento del acto administrativo, el objeto se identifica con el *contenido* del acto⁵⁷, y así se ha señalado que “el objeto o *contenido* es aquello que el acto decide, certifica u opina”⁵⁸.

Pues bien, frente a la pregunta ¿cuál es la norma jurídica que identifica al elemento objeto del acto administrativo?, a primera vista podría señalarse que está en el artículo 14 inciso final de la Ley N° 19.880 que hace mención a la “desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento”. Sin embargo, como se indica en su tenor literal, la norma hace referencia más bien al objeto *del procedimiento administrativo* y no al *objeto del acto administrativo*, e implica una terminación anormal del mismo⁵⁹.

No obstante, al igual como sucede con el elemento motivo, también es posible identificar al elemento *objeto* con una norma de la Ley N° 19.880 generándose la respectiva cobertura normativa. Me refiero al mismo artículo 41 inciso 4° de dicha ley, que indica que “la resolución contendrá la *decisión*...”.

En efecto, si el objeto del acto administrativo se identifica con el *contenido* del mismo es claro, entonces, que el artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 establece que la resolución final, esto es, el acto administrativo terminal, debe contener como elemento constitutivo *el objeto* del mismo (la decisión), para luego agregar que dicho objeto será fundado, pero no en el sentido que lo “fundado” sea un *requisito del objeto* del acto administrativo, sino en el sentido que el elemento *objeto o contenido* debe estar apoyado en motivos o razones eficaces o, dicho de otra forma, que el elemento *objeto* debe ser apoyado en el elemento *motivo* del acto. En otras palabras, esta norma menciona dos elementos constitutivos del acto administrativo, el elemento motivo y el elemento objeto. Pero cabe destacar, para efectos de configuración del elemento objeto y su posible ilegalidad, que el objeto señalado dentro del artículo 41 inciso 4° debe ser el objeto que *establece la ley*

⁵⁶ SOTO KLOSS 2010, 367-368.

⁵⁷ En este sentido, Bermúdez. Define primero el contenido del acto como el elemento objetivo propiamente tal y lo entiende como la resolución o decisión en sí misma consideradas, indicando que el contenido puede ser esencial, esto es, sin el cual el acto no existiría; natural, en que se entiende el contenido en el acto, aunque nada se diga y, accidental, entendido como cláusulas accesorias al acto. Finalmente señala que *el objeto o contenido* del acto (haciendo sinónima la expresión objeto y contenido) debe ser lícito, posible, determinado o determinable e idóneo o proporcionado. Vid. BERMÚDEZ 2011, 117-118.

⁵⁸ GORDILLO 2011, VIII-6.

⁵⁹ En efecto, una cosa es el *objeto del procedimiento* y otra distinta el *objeto del acto*. Así, por ejemplo, el objeto del procedimiento sancionatorio denominado sumario sanitario es determinar si el fiscalizado incurrió o no en una infracción a normas sanitarias, que dependiendo de lo que se acredite en dicho procedimiento, podrá terminar con un *acto administrativo de absolución* o un *acto administrativo de condena*, que en este último caso puede ser de *multa de un décimo a 1000 unidades tributarias mensuales*. Pues bien, si se aplica un acto administrativo de multa entonces el objeto del *acto administrativo* será la cuantía que determine la ley. Si se excede en ella, habrá vicio en el objeto de ese acto administrativo terminal.

de tal manera que un objeto ilegal (ilícito) del acto es una infracción a la referida norma por cuanto en el acto *no se contiene el objeto que la ley señala*.

En concordancia con la idea anterior, Cassagne destaca que, si bien se ha señalado que el objeto debe ser lícito, cierto y determinado, posible física y jurídicamente, razonable y moral (este último, requisito que podría ser discutible a mi juicio), lo esencial del objeto, a mi juicio, es que reúna dos requisitos principales: por una parte, su conformidad con el derecho objetivo, es decir que sea *lícito o legal*, tanto así que algunos países como Francia denominan violación de la ley al vicio que afecta este elemento⁶⁰, y, por la otra, que dicho objeto sea *razonable en sus resultados*. Estas dos características son determinantes para analizar el objeto del acto administrativo a la luz de la normativa constitucional y legal, ya que, si bien ya se ha indicado que el objeto en doctrina debe cumplir ciertos requisitos (cierto, determinado, posible, etc.), lo fundamental es que el objeto debe estar *dentro de la ley (lícito)*, por una parte y ser *razonable* (en sus resultados) por la otra, lo que será determinante para analizar el vicio de ilegalidad en el objeto.

Efectivamente, en relación al primer aspecto indicado (objeto lícito), el vicio del objeto, más que fundarse en la infracción al artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 (objeto ilegal por ausencia de la decisión u objeto en la resolución administrativa), deberá basarse en la infracción que la propia norma establezca para el objeto en el caso específico. Por ejemplo, el objeto del acto administrativo terminal consistente en la multa sanitaria es, según el artículo 174 del Código Sanitario, la sanción pecuniaria de un décimo a mil unidades tributarias mensuales y el objeto del acto administrativo terminal consistente en la medida disciplinaria de suspensión es, entre otras medidas, según el artículo 121, letra c), la privación temporal del empleo desde treinta días a tres meses, de tal manera que una multa de mil doscientas unidades tributarias mensuales será una violación al objeto del acto por infracción del artículo 174 del Código Sanitario y la suspensión por cuatro meses, será una violación al objeto del acto por infracción al artículo 121 letra c) del Estatuto Administrativo, además de la infracción al artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 por no contener el objeto que indica la ley.

En cuanto al segundo aspecto o característica, el objeto (la decisión) también debe ser *razonable en cuanto a sus resultados*, ello por cuanto aquí se analiza la *razonabilidad*, no desde el punto de vista del procedimiento de formación del acto (más relacionado con la *coherencia o racionalidad* de los fundamentos del acto, esto es, sus motivos), sino que, desde el punto de vista de *los efectos* que el acto produce, lo que se traduce más en un aspecto de *proporcionalidad*. En efecto, resulta interesante la reflexión de Nieto, quien indica, a propósito de la discrecionalidad judicial (que remite a la "decisión judicial" o "fallo", pero que sirve para el análisis de la decisión administrativa) que una decisión, independientemente de que haya sido adoptada

⁶⁰ CASSAGNE 2006, 194.

de forma racional o irracional, puede ser razonable o no, porque la razonabilidad se predica de un resultado en atención a sus consecuencias. Por lo tanto, el fallo y solo el fallo (en el caso nuestro, una decisión, o sea, el objeto) es razonable si lo son sus consecuencias. Sostiene que la desproporción es el dato que con frecuencia convierte lo razonable en lo que no lo es. Indica que, aunque no todo lo irrazonable es desproporcionado, todo lo que carece de proporción es irrazonable. De esta forma, “la proporcionalidad es el factor que, junto con la igualdad, integra el «núcleo duro» de la razonabilidad”⁶¹.

Afirma este autor, además, que, desde una perspectiva consecuencialista, la razonabilidad se conecta, no con uno, sino que con varios fenómenos y se detecta, como mínimo, cuando: a) el fallo, por exceso o *por defecto*, no es *proporcionado* con los hechos determinantes o con los objetivos perseguidos por la norma. Como suele decirse, no se debe matar mosquitos a cañonazos. Por un vicio menor, por ejemplo, no se puede anular todo un contrato; ni por un defecto de forma, ordenar el derribo de un edificio y más cuando quizás ni siquiera lo ha solicitado la parte vendedora; b) la sentencia es de ejecución imposible. No se puede condenar a un difunto a realizar un trabajo personalísimo, ni imponer un cambio de destino a un funcionario jubilado; c) habida cuenta de que los litigios están para resolver intereses contrapuestos y para restablecer la paz jurídica, es irrazonable complicar las cosas más de lo que estaban o cerrar una cuestión abriendo otras nuevas, provocando, en definitiva, mayores conflictos que los que se pretende resolver. No es admisible –como suele decirse– que el remedio sea peor que la enfermedad; d) cuando la decisión suponga privar de eficacia un texto normativo⁶².

La explicación anterior, entonces, tiene por finalidad establecer los requisitos que el objeto del acto administrativo debe tener: debe ser lícito (permitido por la ley) pero además razonable y en este caso, la razonabilidad no está en el elemento motivo, sino que en el elemento objeto, pero analizada, como dice Nieto, desde el punto de vista del resultado, lo que se traduce en una decisión proporcionada. Por ello, el objeto del acto administrativo debe respetar el principio de proporcionalidad, de tal manera que la decisión no debe caer en desproporción por exceso o por defecto, ni debe exigir una prestación imposible, ni puede complicar las cosas más de lo que estaban, ni puede privar de eficacia un texto normativo.

Finalmente, cabe destacar que la característica de *razonable* del objeto del acto administrativo también tiene cobertura normativa, y ella puede encontrarse en el artículo 53 de la LOCBGAE, al señalar que “El interés general... se expresa en lo razonable... de sus decisiones”. Aquí las *decisiones* (el objeto) deben ser razonables, como se ha indicado.

c. *El fin*. Existiendo también varias definiciones de este elemento, puede conceptualizarse como aquello que se trata de obtener con la dictación del

⁶¹ NIETO 2000, 347.

⁶² *Ibíd.*, 348.

acto administrativo y que será siempre la satisfacción de una concreta necesidad pública, y siempre en conformidad al bien común⁶³, o el objetivo⁶⁴ a alcanzar mediante la atribución de la potestad pública⁶⁵. Es la satisfacción de aquella porción de necesidad pública que el ordenamiento jurídico le ha encargado al respectivo órgano de la Administración del Estado⁶⁶. También se ha dicho que es sinónimo de finalidad, entendida como el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue⁶⁷, o elemento teleológico o finalista entendida como la finalidad genérica consistente en la necesidad de perseguir un interés público que luego se particulariza en actos administrativos específicos con lo que la finalidad general pasa a ser detallada en un caso particular y se identifica con la pregunta para qué se dicta el acto administrativo⁶⁸.

Cabe destacar que todo acto administrativo debe orientarse a la persecución del interés general o bien común, que es el fin transversal a toda actuación estatal; pero, por lo general, cada potestad se reputa establecida en función de una finalidad típica específica (la *causa final* del acto)⁶⁹. En el mismo sentido se sostiene que, al configurar la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico que, por de pronto, siempre es un fin público, pero que se matiza significativamente en cada uno de los sectores de actividad o institucionales como un fin específico (como por ejemplo, en la potestad de policía, la seguridad pública, en las potestades sanitarias, la salubridad, etc.), debiendo ese acto administrativo, dictado en ejercicio de una potestad específica servir necesariamente a ese fin típico. Incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir una finalidad distinta aun cuando se trate de otra finalidad pública⁷⁰, generándose el vicio de desviación de poder como se indica más adelante.

En todo caso, Cassagne expresa que ya sea por reproducir lo que acontece en el derecho privado, se designe a este requisito bajo el nombre de causa, o bien, se lo ubique dentro de la propia voluntad, lo cierto es que prácticamente toda la doctrina, reduciendo las discrepancias terminológicas,

⁶³ SOTO KLOSS 2010, 368.

⁶⁴ Desde luego no cabe confundir el *objetivo* (fin) del acto administrativo con el *objeto* (contenido) del acto administrativo. El objeto es la prestación inmediata que persigue la decisión administrativa, en tanto que el fin del acto es la porción de interés general que se pretende satisfacer. Por ejemplo, el objeto de la multa sanitaria (acto administrativo) del artículo 174 del Código Sanitario es la aplicación de una sanción pecuniaria que va desde un décimo a mil unidades tributarias mensuales, de tal manera que aplicar una multa superior al máximo, implicaría una violación al objeto, en tanto que el fin que persigue la aplicación de la multa es salvaguardar la salubridad pública, de tal manera que, aplicar la multa por persecución política, constituiría una ilegalidad en el fin de acto, esto es, una desviación de poder.

⁶⁵ VALDIVIA 2018, 220.

⁶⁶ HUEPE *et. al.* 2019, 26.

⁶⁷ CASSAGNE 2006, 209.

⁶⁸ BERMÚDEZ 2011, 119.

⁶⁹ VALDIVIA 2018, 220.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 560.

reconoce su existencia como una condición de validez del pertinente acto administrativo⁷¹.

Frente a la pregunta acerca de la cobertura normativa del elemento fin del acto administrativo, si bien lo usual es que, tanto el elemento fin como el vicio que le puede afectar (desviación de poder), es fruto de la jurisprudencia, lo cierto es que, en nuestro sistema jurídico, sí es posible identificar este elemento en una norma jurídica concreta: me refiero al artículo 53 de la LOCBGAE que hace referencia al elemento fin a través del concepto de *interés general* que es precisamente el fin general que persigue todo acto administrativo, y luego con los requisitos que debe cumplir ese fin para que se enmarque dentro de la legalidad (sentido lato).

En efecto, el artículo 53 de la LOCBGAE señala que:

El interés general... se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones...

Como puede verse, el elemento fin está inserto en esta norma, de tal manera que los típicos casos de desviación de poder implicarían la infracción de esta disposición, ya que significaría que la autoridad ha actuado quebrantando el recto y correcto ejercicio del poder público, o basada en una decisión irrazonable y parcial como, asimismo, en la falta de rectitud en la ejecución de una norma, plan, programa o acción. También es posible ver la vinculación entre motivo, fin y objeto del acto administrativo con el principio o criterio de razonabilidad, por cuanto la razonabilidad debe estar presente tanto al momento de fundamentar la decisión (motivos del acto), tanto en su decisión concreta (objeto), como en la finalidad o interés general perseguido (fin).

Lo que corresponde ahora, para continuar con la explicación de esta metodología práctica, de control de la legalidad, es contrastar el acto administrativo dictado por la Administración con la norma jurídica que está infringiéndose para detectar el vicio y la técnica de control adecuada para lograr este objetivo.

3. Tercer paso: contrastación del acto administrativo reclamado con la norma jurídica infringida, detectando dónde se encuentra el vicio de legalidad y la técnica de control requerida, como tercer paso

Habiéndose identificado y analizado los elementos del acto administrativo (primer paso) y habiéndose relacionado e identificado aquellos elementos con la normativa constitucional y legal chilena (segundo paso) procede ahora contrastar el acto administrativo con la norma jurídica infringida para saber cuál es el vicio de legalidad que afecta al acto, lo que se relacionará estrechamente con la ilegalidad en uno o varios elementos del mismo.

⁷¹ CASSAGNE 2006, 209.

En efecto, es posible encontrar una estrecha correspondencia y coherencia entre los elementos del acto administrativo consensuados por la doctrina y jurisprudencia nacional de corriente francesa (competencia, forma, motivo, objeto y fin) con los vicios de legalidad de estos elementos (incompetencia, vicio de forma, ilegalidad por ausencia de motivos legales o inexistencia de motivos invocados, violación de la ley en cuanto al objeto y desviación de poder) también recogidos por la misma corriente. Entonces un vicio de legalidad en el elemento competencia del acto, generará un vicio de incompetencia; un vicio en el elemento forma (incluida la motivación) generará un vicio de forma; un vicio en el elemento motivo, generará un vicio por ausencia de motivos legales (si el vicio fue en la errónea calificación jurídica del hecho, o de los fundamentos jurídicos esgrimidos) o inexistencia en los motivos invocados (cuando hay un error o falsedad en los hechos que fundan el acto); un vicio en el elemento objeto, generará una violación de la ley en cuanto al objeto y por último, un vicio en el elemento fin, generará desviación de poder⁷².

Pero es ahora que corresponde aplicar una técnica concreta para efectuar un adecuado control de legalidad del acto administrativo, a fin de analizar si aquél adolece de un vicio de legalidad, pero más importante aún, en caso de existir, identificar *dónde* se ubica el vicio y, consecuentemente, analizar si corresponde, o no, declarar la ilegalidad del aquel acto administrativo. Para ello, como se anunció al principio de este trabajo, se utilizará una técnica de control propia para el control de los actos discrecionales⁷³, pero adaptada a todo tipo de actos, esto es, tanto a los actos reglados, como a los discrecionales⁷⁴.

En efecto, postulo que esa misma técnica de control de los actos administrativos discrecionales (que constituye una metodología aplicativa para resolver casos prácticos), sirve en general para el control de legalidad de

⁷² Un interesante análisis acerca de las causales de nulidad del acto administrativo, y por ende, de los vicios de ilegalidad, puede verse en CORDERO QUINZACARA 2013, 195 y ss.

⁷³ Se trata de la técnica de reducción de discrecionalidad postulada por García de Enterría en su célebre artículo "La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo", mediante un control de: a) los elementos reglados del acto administrativo, b) de los hechos determinantes, c) de los conceptos jurídicos indeterminados y d) de los principios jurídicos. Para mayor detalle, GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 159-205.

⁷⁴ Marienhoff señala que algunos tratadistas sostienen que no hay "acto" discrecional, sino únicamente "actividad" o "poder" discrecional de la Administración, por lo que hablar de "acto discrecional" implicaría una impropiedad. Sin embargo, no comparte ese criterio. Expresa que el acto discrecional no es otra cosa que la expresión concreta de la "actividad discrecional" y por lo demás acto discrecional no es acto "arbitrario", sino acto dotado de juridicidad. Siendo así, y en el sentido indicado, concluye que hablar de "acto discrecional" es completamente correcto. Algo similar cuadra decir de los "actos reglados", que no son otra cosa que la expresión de la actividad reglada de la Administración Pública. Por lo tanto –reafirma este autor– las expresiones "acto discrecional" y "acto reglado" son utilizadas por calificados tratadistas. Vid. MARIENHOFF 1988, 420-421.

todo tipo de actos, esto es, tanto de actos administrativos reglados⁷⁵, como discrecionales⁷⁶, con las adaptaciones que se indicarán. En todo caso, lo importante es que, con esta técnica de control, los operadores del derecho (jueces, abogados y funcionarios de la Administración) pueden construir correctamente un acto administrativo válido como, asimismo, pesquisar sus irregularidades.

En consecuencia, procederé a continuación a analizar la técnica de control de legalidad de un acto administrativo utilizando el mismo orden que ha planteado su autor, pero no solamente como un control de reducción de discrecionalidad administrativa, sino que como un control de legalidad de todo tipo de acto administrativo, tanto discrecional como reglado, sobre la base del control de: 1) los elementos reglados del acto administrativo 2) los hechos determinantes (que incluye la exactitud material de los hechos, la calificación jurídica con alguna mención a los conceptos jurídicos determinados e *indeterminados* y la apreciación de los hechos 3) los principios jurídicos, estos dos últimos controles, situados en relación con el elemento motivo del acto administrativo.

En todo caso, este orden sugerido no necesariamente debe ser seguido por el operador del derecho. Perfectamente puede comenzar a hacer la revisión del acto, según el *orden* de los elementos del acto administrativo (así revisar primero la competencia, luego, el motivo, el objeto, fin y forma) o bien podría comenzar por aquellos que le parezcan los vicios más notorios, pero lo importante es que pueda detectar con claridad los elementos del acto administrativo y sus posibles vicios.

3.1. El control de los elementos generalmente reglados del acto administrativo: competencia, forma, fin y objeto

Se trata de efectuar un primer análisis del acto administrativo –sea reglado o discrecional–, precisamente analizando los elementos más indubitados y evidentes del acto, esto es aquellos en que su ilegalidad puede ser más patente y clara, como ocurre especialmente tratándose de los elementos generalmente reglados del acto administrativo, puesto que ellos no son objeto de un margen de apreciación discrecional o de elección de alternativas por parte de la Admi-

⁷⁵ “La competencia es reglada cuando la norma jurídica impone al poder público la decisión que se tome, en atención a la existencia de ciertos requisitos que ella establece. La autoridad en este caso no queda en libertad para elegir el camino que más le conviene, ya que en presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en el sentido prescrito por la norma”. Vid. PIERRY 2017, 385.

⁷⁶ “La discrecionalidad se caracteriza por una debilitación de la programación o vinculación positivas efectivas de la acción administrativa por parte de la norma. De esta suerte pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho Aplicable”. Vid. PAREJO 1993, 121. También se ha dicho que “hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe o no abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”. Vid. PIERRY 1984, 162.

nistración, ya que la ley los ha establecido, en general, de manera específica y completamente predeterminada, sin margen de movilidad, o de libertad de parte del órgano administrativo para alterar aquel elemento, lo que también implica generalmente una mayor facilidad para detectar su ilegalidad.

De lo dicho, si analizamos los elementos del acto administrativo, consensuados por la doctrina y jurisprudencia nacional podremos constatar que son, en general⁷⁷, elementos reglados del acto administrativo, la competencia, la forma, el fin y el objeto del acto, en la medida que sea reglado (podría serlo parcialmente), y no contenga márgenes de discrecionalidad en la decisión, puesto que en tales elementos el legislador no le ha otorgado, usualmente, a la Administración, un margen de libertad o de apreciación. De esta manera:

a. Tratándose del elemento competencia, la Contraloría Regional del Bío Bío o de Ñuble no tienen margen de apreciación o libertad de elección para determinar que su competencia esté fuera de los límites de la Región del Bío Bío o de Ñuble respectivamente, ni puede *elegir* su ámbito de competencia (competencia territorial), ni la Dirección del Trabajo tiene competencia para alejarse de sus funciones de fiscalización en materia laboral y decidir que también tiene función de fiscalización en educación (por citar un ejemplo extremo en elemento materia de la competencia), es decir, o se tiene o no se tiene competencia, pero no hay margen de discrecionalidad o de elección para establecerla.

Por lo tanto, si se detecta que el acto administrativo ha sido dictado por un órgano incompetente, ya sea porque el órgano no tenía competencia territorial (elemento territorio), o porque el contenido sustantivo de la decisión administrativa, la función, no se encontraba dentro del ámbito de sus funciones (elemento materia), o porque la ley no le había otorgado las potestades que aplicó en un caso determinado (elemento relativo a los poderes jurídicos), en este último caso, por ejemplo, el SERNAC, aplicando directamente sanciones a los infractores de la ley de protección a los consumidores, cuando solo tiene la potestad el juzgado de policía local⁷⁸, el acto administrativo será ilegal por vicio en su competencia.

⁷⁷ Es importante hacer esta aclaración sobre los elementos reglados por cuanto también hay casos, y no pocos, en que en estos elementos tradicionalmente considerados como reglados, existan de todas formas complejos "márgenes de apreciación" que se asimilan claramente a una actividad discrecional. Por ejemplo, el elemento fin de un acto administrativo, como lo es la salubridad pública y que constituye un concepto jurídico indeterminado, puede generar problemas de apreciación del concepto (actividad cognitiva) que para la corriente francesa constituirían verdadera discrecionalidad al momento de apreciar el alcance de lo que es la salubridad pública en un caso concreto, aunque no así para la corriente alemana que sería solo interpretación o proceso de juicio o estimación pero no auténtica discrecionalidad. Lo mismo con el elemento objeto, como, por ejemplo, aplicar multa de una a diez unidades tributarias mensuales, en que existe cierta discrecionalidad en la multa concreta a aplicar.

⁷⁸ Como es ya sabido, el Tribunal Constitución declaró inconstitucional las normas que otorgaban a este órgano administrativo potestades sancionatorias en la Ley N° 19.496 (TC rol 4012-17 de 18 de enero de 2018).

En suma, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento competencia del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción al artículo 2° de la LOCBGAE en relación con los artículos 6° y 7° de la CPR, por vicio de competencia.

b. Tratándose del elemento forma, el jefe de servicio no tiene potestad para aplicar una medida disciplinaria sin un sumario administrativo previo (procedimiento formal) o dictar un acto administrativo final sin motivación. En consecuencia, o aplica o no la formalidad, o motiva o no el acto, pero no tiene un margen de discrecionalidad para hacerlo o no.

Con todo, cabe destacar que no toda infracción al elemento forma implica la ilegalidad del acto administrativo, ya que ese vicio formal debe ser sustancial o esencial y causar perjuicio al interesado. Así lo ha establecido el legislador en términos generales en el artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880⁷⁹ y también en términos específicos para ciertas materias como por ejemplo, en el sumario administrativo artículo 144 del Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834 y sus modificaciones⁸⁰. En este punto, Vergara indica que “la incorporación de los vicios en el artículo 13 LBPA obligará a depurar las interpretaciones, con el objetivo de aprender a ponderar las magnitudes, esto es: habrá que distinguir entre lo esencial y no lo esencial y, como eso no lo declara expresamente ley alguna, es el intérprete el que tendrá que ponderar”⁸¹.

En derecho comparado, García de Enterría y Fernández argumentan que el vicio de forma “solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración”⁸², señalando en síntesis que este vicio opera si el vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que esta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal y todo ello en la medida que la decisión de fondo afectada por el vicio formal sea jurídicamente incorrecta⁸³, o incluso en aquellos casos en que no es posible saber si la decisión de fondo es correcta o no,

⁷⁹ Art. 13 inc. 2°: “El vicio de procedimiento o de forma solo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”.

⁸⁰ Art. 144: “Los vicios del procedimiento no afectarán la legalidad de la resolución que aplique una medida disciplinaria, cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario”.

⁸¹ VERGARA 2017, 338.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 653.

⁸³ Los autores sostienen que, si aún con el vicio de forma la decisión sigue siendo correcta jurídicamente, procede declararlo así y confirmar el acto impugnado, expresando que el propio principio de economía procesal obliga a ello, ya que tampoco tendría sentido en este caso repetir el procedimiento viciado si se sabe de antemano que la decisión final es ajustada a Derecho. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 656.

porque precisamente la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la decisión adoptada⁸⁴.

Finalmente, la propia Corte Suprema, en relación al vicio de forma (aunque en realidad lo enuncia para todo tipo de vicios) y en armonía con el principio de conservación del acto administrativo, ha señalado, ya de manera uniforme:

(...) que el vicio que permite anular un acto o procedimiento administrativo debe ser grave y esencial, pues éste es un remedio excepcional que opera frente a la ilegalidad de un acto administrativo. En efecto, no puede soslayarse que en materia administrativa debe atenderse al principio de conservación del acto administrativo, en el cual subyacen además otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que genera el acto, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica⁸⁵.

En definitiva, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento forma del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción a los artículos 3° y 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, en relación con el artículo 2° de la LOCBGAE (que proscribe el abuso o exceso de poder) y artículo 7° de la CPR, por vicio de forma grave o esencial que ha causado perjuicio al interesado.

c. En el caso del elemento fin, que sin duda es de difícil constatación, por lo general, solo se revisará este elemento cuando el reclamante indique en su acción que hay desviación de poder⁸⁶ y siempre que suministre prueba o, al menos, indicios claros de existir tal desviación, pero más allá de la dificultad probatoria, si existen, por ejemplo, antecedentes serios de que un funcionario público ha sido destituido por persecución política, gremial, venganza personal u otro motivo distinto al fin que el acto debe tener según la ley (probidad administrativa, transitoriedad del cargo etc.) será ilegal el acto administrativo por ilegalidad de sus fines, pues la Administración no tiene discrecionalidad ni libertad para elegir si aplica o no una finalidad pública determinada por la ley para tal acto. En todo caso, es probable que el análisis de este elemento, por su complejidad, sea dejado para el final o como téc-

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 656-657.

⁸⁵ Alfredo Fuentes Valdivia y otros con Municipalidad de Antofagasta. (2016) considerando 8°.

⁸⁶ "El concepto de desviación de poder consiste, según la doctrina, en que el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público que debe ser el de toda actividad pública, o el fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva; fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto". (Wara Ortiz Mella con I. Municipalidad de Santa Cruz, 2016, Corte Suprema, rol 55119-2016). Como puede verse, hay desviación de poder no solo cuando el fin oculto es particular, sino cuando también es público, pero distinto del fin perseguido por la ley que sirvió de fundamento al acto.

nica subsidiaria, a menos, naturalmente, que la desviación de poder sea muy clara, lo que no ocurre usualmente⁸⁷.

Finalmente, es útil señalar que, en la concepción tradicional de la desviación de poder, existe una aparente regularidad externa del acto, en tanto que el vicio presenta una condición clandestina, oculta, disfrazada en la intención íntima del agente, lo que implica que debe determinarse el móvil subjetivo del agente. Ha de indagarse la finalidad querida realmente por el autor del acto cuya legitimidad se impugna siendo un examen particularmente complejo y dificultoso⁸⁸. Ello corresponde a la denominada tesis subjetiva de la desviación de poder. Ella, ha sido matizada con la tesis objetiva, según la cual no es necesaria la concurrencia de un móvil o elemento voluntarista en la desviación de poder, sino que basta un vicio contrario a principios jurídicos y en tal condición constituiría un ilícito atípico, que vincula el motivo del acto y el fin subjetivo. En suma, el fin (subjetivo) perseguido se descubre a la luz de los motivos (objetivos), es decir, una inexistencia de los motivos podría acusar una desviación en los fines⁸⁹. Todo lo dicho lleva a concluir que, en doctrina la desviación de poder ha pasado a ser una técnica subsidiaria, pero no en el sentido de menor importancia, sino que a través de ella se indaga la conformidad de la decisión con los principios jurídicos que son en sí subsidiarios a las normas o reglas positivas⁹⁰.

En conclusión, en caso de concurrir un vicio de legalidad en el elemento fin del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción al artículo 53 de la LOCBGAE, ya que la decisión ha infringido el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; o ha sido irrazonable o parcial su decisión, o ha infringido la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; todo ello en relación con el artículo 2° de la LOCBGAE que proscribe el abuso o exceso de poder.

d. Tratándose del elemento "objeto" habría ilegalidad en este elemento, cuando el mismo es contrario a la ley (ilícito) o cuando es irrazonable. Tal vicio se conoce como violación de la ley (o del derecho) en cuanto al objeto.

⁸⁷ El gran inconveniente que plantea la técnica de la desviación de poder es la dificultad de la prueba de dicha desviación, considerando que se trata de un vicio generalmente clandestino, oculto; que, a pesar de estar viciado el acto, éste reúne todas las condiciones de regularidad externa, ya que aparentemente es un acto válido; y el recurrente alega que el vicio que pretende se ha apartado del fin normal de sus funciones y por eso la prueba debe ser concluyente. Vid. PRAT 1957, 237 y ss., y CLAVERO 1992 153 y ss.

⁸⁸ JARA 2013, 224-229.

⁸⁹ En síntesis, la concepción objetiva permite que, a través de un análisis del elemento objetivo, que puede aparecer con problemas de coherencia, o derechamente ilegalidad en los mismos, permita descubrir y determinar la ilegalidad en el fin, o hacer más fácil determinar la desviación de poder, y no solo como ocurre en la tesis subjetiva, en que se requiere indagar directamente en la finalidad no declarada, oculta, disimulada o disfrazada. Un mayor análisis en un tema puede verse en JARA (*Op. cit.*) 232 y ss.

⁹⁰ JARA, 2013, 224.

Lo usual es que el objeto sea un elemento reglado, pero a veces solo lo es parcialmente. Así, por ejemplo, cuando el legislador establece que en caso de infringir un particular una norma administrativa, se aplicará una multa que va desde una a diez unidades tributarias mensuales o que se podrá multar al infractor o suspender una actividad infractora. En tal caso hay un margen de discrecionalidad: por el contrario, si a cada conducta se asigna una consecuencia específica, entonces no habrá tal discrecionalidad y se tratará de una potestad reglada.

De esta manera, el acto administrativo estará viciado por ilegalidad del objeto, por ejemplo, si aplica una sanción de quince unidades tributarias mensuales cuando la norma dispone que la sanción máxima sea de diez unidades tributarias mensuales (o en el mismo caso, si la decisión tiene margen de discrecionalidad, cuando establece que se debe sancionar con multa de una a diez unidades tributarias y la Administración aplica quince) o cuando el órgano administrativo dispone una medida disciplinaria no permitida por la ley (por ejemplo, aplicar a un funcionario público que no entregó un informe a tiempo, la medida disciplinaria de destitución en una *investigación sumaria* que por norma no admite tal sanción)⁹¹.

Pero también el objeto puede ser calificado como *no razonable* en relación a sus resultados ya que como se dijo en este trabajo, la razonabilidad juega aquí un rol en los efectos del acto desde el punto de vista de la proporcionalidad⁹², de modo tal que también habrá ilegalidad del objeto por infracción al principio de proporcionalidad por exceso o por defecto en la decisión.

En consecuencia, siguiendo este método aplicativo, lo primero que debiera hacer el observador del acto administrativo es revisar si los elementos reglados están o no ajustados a derecho, es decir, si es posible advertir una ilegalidad o irregularidad clara en los elementos competencia, forma, objeto y fin para luego, de no advertir ilegalidad o antijuridicidad, pasar a la segunda etapa de control del acto, que se centrará en el elemento motivo del acto. Si detecta la ilegalidad en esta primera fase, entonces el acto se declarará ilegal, sin necesidad de hacer revisiones en la siguiente fase, aun cuando hay que admitir que, en la práctica judicial, el litigante indicará todos los posibles vicios, tanto principales como secundarios, ya que no sabe con precisión si el juzgador considerará los vicios que él estima principales o más evidentes.

Finalmente, es usual que el objeto del acto administrativo sea ilegal o irrazonable porque hay ilegalidad o irrazonabilidad en otro elemento del acto. Ello por un efecto de "contaminación" del acto administrativo en su totalidad o en gran parte porque existe un vicio de legalidad en otro elemento

⁹¹ El artículo del Estatuto Administrativo en su inciso penúltimo establece que "Como resultado de una investigación sumaria no podrá aplicarse la sanción de destitución, sin perjuicio de los casos contemplados en el presente Estatuto".

⁹² *Supra* II N° 2 letra d.

(vicio principal), de tal manera que la ilegalidad del objeto sería una “ilegalidad consecuencial” o por consecuencia.

Así, por ejemplo, si el órgano que dicta el acto es incompetente, desde luego que el objeto (decisión) también será ilegal (si el Ministerio de Vivienda y Urbanismo aplica una sanción sanitaria, desde luego que es un órgano incompetente para ello y es lógico que la decisión –el objeto del acto– también sea ilegal) o si, por ejemplo, el órgano dicta un decisión por manifiesto vicio en el motivo del acto (el hecho determinante) también la decisión (objeto) será ilegal (por ejemplo, el jefe de servicio destituye a un funcionario por falta de probidad, fundado en el hecho falso de haber sustraído especies del servicio, lo que implica ilegalidad en el motivo invocado, pero también que la decisión sea ilegal) pero en todos esos casos, la ilegalidad del objeto es solo una consecuencia del vicio principal en otro elemento del acto, ya sea, como en los ejemplos indicados, por vicio en la competencia o en el motivo de acto. Así por ejemplo, Cordero Quinzacara indica que “en muchos de estos casos, el objeto será ilegal como consecuencia de un vicio en los motivos, pero también puede ser posible que la ilegalidad recaiga solo en el objeto, como consecuencia de una determinación que no guarda relación o coherencia con los motivos”⁹³. Por eso, la idea es identificar un vicio en el objeto cuando los demás elementos aparecen en regla.

En conclusión, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento objeto del acto administrativo, se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción al artículo pertinente de la ley que infrinja el objeto del acto (ilegalidad del objeto), en relación al artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880, ya que la resolución “no contendrá la decisión” que la ley prevé, en tanto que si ese objeto en sus efectos o resultado es desproporcionado, se infringirá el artículo 53 de la LOCBGAE, por falta de razonabilidad de la decisión.

3.2. El control de los motivos del acto

Una vez revisados los elementos generalmente reglados del acto administrativo, y no habiéndose detectado vicio de legalidad en los mismos, procede pasar a una segunda fase o etapa del control jurídico, que es más compleja y requiere de mayor análisis. Se trata de un control más sustancial del acto administrativo, a través de una revisión o control de los motivos del acto.

En efecto, en este elemento –que consiste en las circunstancias fácticas (los hechos) y jurídicas (el derecho) que justifican la emisión del acto administrativo– es posible encontrar altos niveles de apreciación e incluso de discrecionalidad en la aplicación de la norma al caso concreto y, por tal razón, su análisis es más complejo.

Pues bien, adaptando esta técnica de control, tanto para los actos administrativos reglados, como discrecionales, es posible señalar que, en esta

⁹³ CORDERO QUINZACARA 2013, 201.

segunda fase o etapa, el control debe recaer: a) sobre los hechos determinantes del acto administrativo y b) sobre los principios jurídicos.

a. El control de los hechos determinantes (que incluye la exactitud material de los hechos, su calificación jurídica, con mención a los conceptos jurídicos determinados e indeterminados y la apreciación de los hechos).

García de Enterría y Fernández en la doctrina española han indicado a propósito de la actividad discrecional que:

la potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera u otra: la valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar si algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

Además, agregan que:

el control de los hechos determinantes ha entrado, pues, en los hábitos de nuestros Tribunales contencioso-administrativos. Quedaron atrás ya, por tanto, los pronunciamientos jurisprudenciales, frecuentes en el pasado, que reconocían a simples informes policiales “veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por los agentes”, reconocimiento que venía a invertir la carga de la prueba contra los más elementales principios y reglas procesales⁹⁴.

En la doctrina francesa se hace referencia a la ilegalidad en los motivos como una ilegalidad interna que puede afectar a los motivos de derecho (error de derecho) y los motivos de hecho (error sobre la realidad material de los hechos y error en la calificación jurídica de los hechos)⁹⁵. A mi juicio, este control de los motivos de hecho y de los motivos de derecho obedece a la misma dimensión fáctica (circunstancias de hecho) y jurídica (circunstancias de derecho) de los motivos a los que he hecho mención. Pero, además, la doctrina francesa señala que el control de los motivos de hecho de una decisión administrativa puede revestir tres formas: control de la exactitud material de los hechos, de la calificación jurídica y de la apreciación de los hechos⁹⁶.

En relación a la exactitud material de los hechos, un acto administrativo carece de base legal y es, por lo tanto, nulo, cuando ha sido motivado por

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 480 y 482.

⁹⁵ MORAND-DEVILLER 2010, 781-787.

⁹⁶ CHAPUS 2001, 109 y ss., RIVERO y WALINE 2002, 250 y ss., VEDEL, GEORGES y DELVOLVE 1958, 313.

hechos que no se han producido o por hechos materialmente inexactos⁹⁷. Esta definición coincide, entonces, con la idea de control de los hechos determinantes señaladas por la García de Enterría y Fernández. Lo importante es destacar entonces que, un error en la exactitud material de los hechos (o hechos determinantes) es un problema de legalidad del acto, por ilegalidad en los motivos invocados. Con razón Pierry señala que, “si la Administración ha basado una decisión discrecional en determinados hechos, su control forma parte del control de la legalidad de aquella decisión”⁹⁸.

Sin embargo, no basta con el control de la exactitud material de los hechos, sino que también es necesario el control de la calificación jurídica de los hechos. En relación a la calificación jurídica que forma parte del aspecto jurídico del motivo –aunque también relacionado con el hecho que califica– ya se ha dicho que no basta el mero control de los hechos determinantes, sino que también es necesaria dicha calificación jurídica. Solo hay que aclarar que la calificación jurídica (del supuesto de hecho) consiste en la aplicación de la ley a una determinada situación de hecho, que presupone un enfrentamiento de ésta con el supuesto de hecho (legal) previsto por la norma. Se trata de verificar si y en qué medida la situación de hecho concreta corresponde al supuesto de hecho legal, en el cual se asume que deba reentrar y reencontrar los lineamientos relevantes para el tratamiento jurídico⁹⁹.

En este mismo sentido, García de Enterría y Fernández sostienen que:

el control de la exactitud o realidad de los hechos que sirven de base o de presupuesto al ejercicio de un poder discrecional, con ser muy importante, no lo es todo. Tras esa verificación se abre la de calificación jurídica de los hechos, realizada en cada caso por la Administración. Tal calificación, en cuanto realizada con conceptos legales, es un problema estricto de calificación legal (si hay o no infracción y cuál en el caso concreto, etc.)...¹⁰⁰.

En la doctrina nacional, Pierry indica que la apreciación jurídica (calificación jurídica) de los hechos cobra real importancia como medio de control de la discrecionalidad al momento de controlar los motivos invocados (hechos):

⁹⁷ PIERRY 2017, 396.

⁹⁸ *Ídem*. Esta conclusión debe desterrar un mito difundido en alguna práctica jurídica, que dice que un reclamo de ilegalidad de un acto administrativo solo implica una revisión de la legalidad formal del acto, esto es, solo si el acto infringió o no la ley, pero que inhibe o impide al juez revisar y controlar si los hechos ocurriendo o no, o si son verdaderos o no, o si están o no comprobados, porque ese control no sería de legalidad, sino que mera discrecionalidad. Aquello es un evidente error que llevaría a que el juez no ejerciera un verdadero control jurisdiccional de la Administración, baluarte de un Estado de Derecho, y permitiría que la Administración pudiera *inventar hechos*, con el riesgo de que “el milagro sí tuviera cabida en el Derecho Administrativo”, como en términos contrarios dice García de Enterría.

⁹⁹ BETTI 2015, 78.

¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008, 483.

ya que, si la ley ha señalado expresamente los motivos por los cuales una decisión debe ser tomada, el control a través de la calificación jurídica de los hechos recaerá sobre el aspecto reglado de tal decisión, sin afectar el poder discrecional de la Administración¹⁰¹.

Dentro de la calificación jurídica de los hechos podemos encontrar los denominados conceptos jurídicos tanto determinados como indeterminados. En efecto, los conceptos jurídicos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca (mayoría de edad, jubilación, etc.). En el concepto jurídico indeterminado, en cambio, la ley refiere a una esfera de realidad que no aparecen bien precisados en su enunciado¹⁰². Desde luego es mucho más fácil detectar el error en la calificación jurídica cuando se contrasta un concepto jurídico determinado (por ejemplo, la Administración erróneamente califica de mayor de edad a una persona que tiene 17 años, en circunstancias que el concepto de "mayoría de edad" corresponde al mayor de 18 años), pero se complica cuando se trata de calificar un hecho sobre la base de un concepto jurídico indeterminado (por ejemplo, orden público, utilidad pública, necesidad manifiesta, etc.). Los conceptos jurídicos indeterminados se han conceptualizado como "aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos"¹⁰³. Para la doctrina clásica de corriente francesa, la apreciación de estos conceptos implica un ámbito de discrecionalidad para la Administración, en tanto que para la corriente más contemporánea de raigambre alemana no es discrecionalidad, sino que fundamentalmente de un problema de interpretación del concepto¹⁰⁴.

Finalmente, dentro de este control de los motivos es posible encontrar el control en la apreciación de los hechos, que es un control máximo sobre éstos y genera alguna polémica doctrinaria, ya que supone una valoración mayor que para algunos es una potestad discrecional no controlable, aunque ya la doctrina y jurisprudencia comparada aceptan la anulación del acto si se incurre en error manifiesto de apreciación, aunque sea de forma más excepcional¹⁰⁵. Sin embargo, en mi opinión, el tratamiento, de acuerdo a la normativa nacional, no debiera diferir del control de los hechos determinantes o la exactitud material de los hechos. Es efectivo que la apreciación de un hecho es más compleja que la determinación de aquél, pero, al final de cuentas, remite igual a una calificación e interpretación de los hechos y, por lo tanto, plenamente fiscalizable por los tribunales, si la apreciación efectuada por la Administración es arbitraria o irrazonable.

¹⁰¹ PIERRY 1984, 179.

¹⁰² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008, 467 que analiza estos conceptos.

¹⁰³ Según lo ha definido el Tribunal Supremo español. Vid. PARADA 2002, 102.

¹⁰⁴ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados y la concepción clásica y contemporánea de discrecionalidad vid. HUEPE 2019, 141 y ss.

¹⁰⁵ PIERRY 1984, 180.

b. El control a través de los principios generales de derecho

Corresponde a una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del ordenamiento destacando que en parte alguna de él, la aplicación de los principios generales es más necesaria que en el derecho administrativo. Hay principios tales como de la iniquidad manifiesta, de la irracionalidad, buena fe, proporcionalidad de los medios a los fines, igualdad¹⁰⁶. Uno que ha tenido una aplicación relevante en nuestro medio es el principio de confianza legítima, con recepción tanto en la jurisprudencia administrativa¹⁰⁷ como judicial¹⁰⁸.

En este tópico cabe destacar el principio de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad, que sería el gran aporte de la jurisprudencia y doctrina españolas en el control de la actividad discrecional¹⁰⁹. En efecto, el autor español Tomás-Ramón Fernández indica que la discrecionalidad no es arbitrariedad, sino que constituyen conceptos antagónicos, pues lo discrecionalidad debe hallarse cubierta por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo arbitrario o no tiene motivación respetable, o la que ofrece es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefendible y su inautenticidad¹¹⁰. En este sentido, la motivación es el primer deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario¹¹¹ y la necesidad de justificación objetiva es el segundo nivel de distinción, para terminar concluyendo que el dilema entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro y simple¹¹².

Esta forma de control es importante, ya que analiza la razonabilidad de los fundamentos en el elemento motivo, es decir, si los fundamentos jurídicos (faz jurídica del elemento motivo) son realmente suficientes, sólidos, consistentes con la evidencia, coherentes en el procedimiento de razonamiento y proporcionados en sus resultados, en suma, fundados¹¹³. Para ello la doctrina española de la mano de García de Enterría y Fernández ha elaborado el de-

¹⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (ob. cit.) 81-95.

¹⁰⁷ Principalmente a través de los Dictámenes N° 22.766 (2016), 23.518 (2016), 85.700 (2016) y 6400 (2018).

¹⁰⁸ Por ejemplo, Conrado Muñoz Hormazábal con I. Municipalidad de Padre Las Casas (2021) Corte Suprema, rol 119277-2020, Fundación Instituto Profesional DUOC con Subsecretaría de Educación (2021) Corte Suprema, rol 62663-2020, Castañeda con Universidad de Santiago de Chile (2020) Corte Suprema, rol 112869-2020, entre otras.

¹⁰⁹ SAAVEDRA 2011, 130.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ 1997, 82.

¹¹¹ De ahí la célebre frase "Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario". FERNÁNDEZ 1997, 82.

¹¹² FERNÁNDEZ (ob. cit.) 81-91.

¹¹³ En relación a la exigencia de motivos fundados del acto administrativo, el artículo 41 inciso 4° de la LBPA establece que "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada". Lo anterior demuestra que las decisiones de la Administración que se contienen en los actos administrativos deben ser consistentes, coherentes, y proporcionadas, esto es, basadas en la prueba o evidencia, lógicas y razonadas en su procedimiento (adoptadas racionalmente), y razonables en

nominado “doble test de racionalidad y razonabilidad”. Es así como indican que en aplicación del primer test (de racionalidad) el Tribunal deberá comprobar: a) si la realidad de los hechos ha sido respetada o falseada, porque a los hechos no alcanza, la libertad característica del poder discrecional¹¹⁴. La prueba que se practique en el curso del proceso será aquí determinante; b) si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea¹¹⁵ c) si se ha tenido en cuenta o se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente, otorgue el ordenamiento jurídico a alguno de esos factores¹¹⁶ y d) si, caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, se ha razonado o no la concreta opción en favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos¹¹⁷.

Estos autores señalan que:

Si el resultado de este primer test es desfavorable para la Administración, el juez habrá de anular la decisión sometida a su control, como lo hicieron correctísimamente las Sentencias que acaban de citarse. Si, por el contrario, es favorable, el juez no tendrá más remedio que confirmar, le guste o no, la solución concretamente elegida por la Administración y cualquiera sea su opinión sobre la bondad o eficacia de la misma, a menos que (test de razonabilidad) esta solución adolezca de incoherencia

sus resultados. En una palabra: se trata de decisiones fundadas, siendo el fundamento normativo precisamente la norma que se comenta. Vid. HUEPE 2018, 300.

¹¹⁴ Citan los autores: “Los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos”.

¹¹⁵ Citan los autores: “un ejemplo claro de lo primero en la Sentencia de 15 de diciembre de 1986: «aun guardando la distancia de catorce metros no resulta racional el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que figuraba una industria como la descrita [insalubre y peligrosa]. Por muy severas y eficaces que sean las medidas correctoras aplicadas... resulta por lo menos inquietante la estancia habitual de niños en las proximidades de la mencionada industria, y lo propio puede sostenerse respecto de un destino socio-cultural». Un ejemplo de lo segundo es la Sentencia de mayo de 1985: «los antecedentes del actor, delitos cometidos con ocasión del tráfico rodado utilizando vehículos de motor, no pueden ser causa que determine la denegación de posesión de un arma para cazar»”.

¹¹⁶ Indican: “En el caso de las Sentencias de 3 de noviembre de 1980 y 16 de noviembre de 1982, producidas a propósito de sendas denegaciones de autorización de la instalación de dos industrias, se subraya que la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución tiene que prevalecer necesariamente sobre la legislación de dimensiones mínimas aplicable a las nuevas industrias, que pretende garantizar la viabilidad y rentabilidad de las industrias ya existentes”.

¹¹⁷ Indican que un buen ejemplo en la Sentencia de 11 de junio de 1991: en igualdad de capacitación, experiencia y medios para realizar una obra entre las dos empresas concursantes, la Administración adjudica el contrato a la que hizo la oferta más cara. La Sentencia de 18 de febrero de 2002, por su parte, contempla un supuesto paradigmático de error lógico, cuando advierte que «no guarda relación alguna de causa a efecto el hecho de que pueda haber duda sobre cuál sea la oferta más ventajosa y la decisión de declarar desierto el concurso cuando resulta que aquella duda no deriva de la idoneidad de las antiguas condiciones, sino de los informes emitidos para adjudicar el contrato con arreglo a las mismas».

por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin, o que resulte claramente desproporcionada... no ya a sus ojos, sino a los de cualquier persona sensata, según el parámetro al uso en la jurisprudencia anglosajona, que apela a un standard de conducta muy semejante a los habituales en el derecho privado y, al igual que éstos, perfectamente objetivable¹¹⁸.

En definitiva, en caso de concurrir un vicio de ilegalidad en el elemento motivo del acto administrativo, ya sea por error en los hechos determinantes, en su calificación jurídica o en los fundamentos (ya sea por ausencia, insuficiencia o falta de racionalidad o razonabilidad en los motivos) se reclamará que dicha ilegalidad se produce por infracción a los artículos 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880, 2° y 53 de la LOCBGAE en relación con el artículo 19 N° 2 de la CPR que garantiza la igualdad ante la ley, y con ello excluye la arbitrariedad.

III. Aplicación del método práctico en un ejemplo. Verificación

Por último, a fin de verificar cómo concurren (o no) los diversos elementos del acto administrativo utilizando este método práctico, se analizará el siguiente caso de laboratorio de la emisión de un acto administrativo:

Mediante Resolución Exenta Número 1, de fecha 3 de mayo de 2021, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Ñuble, luego de tramitado un sumario sanitario, aplica multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales a una empresa de secado y envasado de arena, por infringir normas del Código Sanitario. En el caso concreto se señaló que los trabajadores que realizaban esas labores lo hacían sin mascarilla y, según se consignó en el acta de fiscalización que levantaron los inspectores sanitarios, también estaban expuestos a sílice, un compuesto mineral que afecta la salud de los trabajadores, no habiendo advertido la empresa de ese riesgo mediante la información y capacitación pertinente.

El primer análisis de ese acto (que puede estar en carácter de proyecto aún) deberá hacerlo el asesor jurídico del Secretario Regional Ministerial de Salud, antes de notificarse dicho acto a la empresa. ¿Estará correctamente dictado el acto? He aquí el fin preventivo del método práctico propuesto: el asesor utilizará la metodología aplicativa expuesta para revisar si el acto administrativo ha sido dictado conforme a derecho.

¹¹⁸ Las Sentencias de 18 de julio de 1988 (estrechamiento de diez a cinco metros de una calle, que la estrangula en su parte central creando un auténtico cuello de botella causante de graves dificultades circulatorias, sin razón alguna que pudiera justificar la medida), 4 de abril de 1990 (previsión de un nuevo vial de circunvalación de una ciudad, con pendientes superiores al 25 por 100, de costosísima ejecución e innecesario por estar situado a pocos metros de otro que cumple idéntico objetivo, que, además, inutiliza un camping debidamente autorizado y en funcionamiento y afecta a una captación de agua potable) y 18 de marzo de 1992 (apertura de un nuevo vial, que el propio Ayuntamiento considera innecesario y que parte en dos una industria importante imposibilitando su funcionamiento) aplican de forma impecable este segundo test". GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2008, 490-491.

En efecto, siguiendo el orden de los elementos del acto administrativo expuesto en este trabajo (primero revisando su legalidad externa: competencia, y forma y, después la legalidad interna: motivo, objeto y fin) el asesor identificará y constatará si ellos concurren de manera jurídicamente correcta. De este modo observará:

1) si el acto administrativo fue dictado por el funcionario investido regularmente y dentro de su competencia. Si detecta algún vicio aquí, lo observará antes de su notificación¹¹⁹;

2) si el acto se dictó respetando la forma establecida en la ley, esto es, mediante el procedimiento correspondiente consistente en el sumario sanitario, y si en la Resolución Exenta, constan los “considerandos” que explican los hechos (fecha y día de la inspección, hechos constatados etc.) las infracciones detectadas (indicándose la normativa) y el razonamiento jurídico que lleva a la conclusión, todo lo cual constituye la *motivación* del acto, o de lo contrario lo observará¹²⁰;

3) si el acto contiene motivos y estos son suficientes, para lo cual tendrá que revisar el expediente del sumario sanitario y ver si los hechos (aspecto fáctico de los motivos) están correctamente comprobados por la autoridad administrativa, es decir, si es efectivo que los trabajadores estaban sin mascarilla, si estaban expuestos a sílice y si la empresa informó de este riesgo, para lo cual tiene que examinar la prueba rendida tanto por la autoridad sanitaria (el acta, informes, etc.) como por la empresa (la prueba que haya rendido en la audiencia y contestación de cargos)¹²¹. Por otra parte, una vez comprobado que los hechos son efectivos, deberá revisar si están correctamente calificados desde el punto de vista jurídico como una infracción sanitaria, y si las normas citadas son las correctas. Finalmente revisará si el razonamiento jurídico que enlaza los hechos con la norma está desarrollado de forma coherente y con argumentos suficientes, y si son coherentes con la motivación

¹¹⁹ Por ejemplo, la empresa no está situada en la comuna de Quillón como se creía erróneamente, sino que unos pocos kilómetros más al sur, en la comuna de Yungay, que pertenece a la Región del Biobío, por lo que la Secretaría Regional Ministerial de Ñuble es incompetente; o la dictó el jefe de gabinete que no tiene la investidura para ello, o un erróneo funcionario subrogante, o un funcionario sin delegación o delegación improcedente, etc. El asesor entonces debe cuidar que la resolución la haya dictado efectivamente el Secretario Regional Ministerial, en funciones, dentro del territorio correspondiente, etc.

¹²⁰ Por ejemplo, en el sumario sanitario se omitió la audiencia de contestación y prueba del artículo 163 del Código Sanitario para que el afectado se defendiera, lo que implica un vicio de forma grave (vicio esencial y que causa perjuicio afectando el derecho de defensa) o si en la Resolución Exenta solo se dicta la sanción, pero se *omitió* la exposición de los hechos y fundamentos jurídicos (falta de motivación) lo que llevará al asesor a observar el acto o que se corrija antes de su notificación.

¹²¹ Sobre la forma de probar los hechos y la ponderación de la prueba, habrá que estarse a las reglas procesales que regule el respectivo procedimiento administrativo o jurisdiccional, con las interesantes particularidades que plantea el contencioso administrativo, cuyo análisis excede el presente trabajo.

que se expresa en el acto terminal. Si observa vicios, tendrá que pedir que se orrijan¹²².

4) si el acto contiene un objeto lícito y proporcionado. Así analizará que la decisión concreta en esta Resolución Exenta (aplicar multa por 100 Unidades Tributarias Mensuales) esté dentro del rango legal (el artículo 174 del Código Sanitario acepta desde un décimo a mil Unidades Tributarias Mensuales) y si esa decisión es *proporcionada* a la falta cometida. Si detecta un error en la tipificación de la sanción o en su proporcionalidad, deberá corregirlo¹²³.

5) si el acto tiene como fin resguardar las normas de higiene y seguridad, así como la salud de los trabajadores, a menos que detecte del análisis de todo el expediente que se persigue una finalidad distinta, caso en el cual, deberá observar el acto¹²⁴.

Una vez dictado y notificado el acto administrativo, el mismo método se puede aplicar por el abogado litigante que recibe en su consulta al dueño de la empresa, reclamando *el abuso* de la autoridad sanitaria que, de acuerdo con el relato de los hechos y antecedentes, lo guiará a buscar el posible vicio de ilegalidad del acto. Así por ejemplo, si el cliente dice que la multa es abusiva, habrá que revisar en el elemento objeto y su proporcionalidad; o que se trata de una persecución del Secretario Regional Ministerial en su contra

¹²² Por ejemplo, los hechos *no son efectivos*, porque los inspectores se equivocaron ya que, quienes no poseían mascarilla eran los funcionarios administrativos que no tiene contacto con la arena, y en cambio, los trabajadores que manipulaban los sacos de arena sí las usaban; o la empresa acompañó un informe de la Mutualidad respectiva que acredita que no hay presencia de sílice en la obra y por lo tanto mal podía sancionarse por ello. En estos casos, *no existen los hechos determinantes* del acto administrativo (circunstancias fácticas del elemento motivo). Otro ejemplo: se califica como infracción no usar mascarilla en la oficina de contabilidad de la empresa y resulta que la normativa es exigible solo para los trabajadores que laboran fuera. En esta última situación, *el hecho existe* (no usar mascarilla) pero su calificación jurídica, como *infracción sanitaria*, es errónea (circunstancia jurídica del elemento motivo). Finalmente, podría suceder que acreditado que no hay hecho constitutivo de infracción, el razonamiento jurídico se desarrolle en sentido contrario de culpabilidad, o con cita errónea de normas de derecho, lo que implica un error en el razonamiento o fundamento jurídico justificante del acto. (Error en los motivos por incoherencia, falta o insuficiente fundamentación o, en suma, los hechos y su fundamento no resistan el *doble test* de racionalidad y razonabilidad).

¹²³ Por ejemplo, si la norma del Código Sanitario hubiese señalado que la multa va de un décimo a 90 Unidades Tributarias Mensuales y se sancionó con 100, aun cuando todos los otros elementos del acto jurídico estuvieren correctos, el acto adolecería de un vicio de ilegalidad en el objeto. Sin embargo, aquí no es el caso, porque la multa máxima es hasta 100 Unidades Tributarias Mensuales según el referido Código; pero con todo, si las decisiones anteriores de la autoridad sanitaria en casos muy similares ha sido el aplicar solo 10 Unidades Tributarias Mensuales, o la falta es muy menor, no hay reincidencia, solo un trabajador no tenía la máscara, etc., podría establecerse que la cuantía de la multa es excesiva y corregirla a la baja para evitar un vicio del objeto por falta de proporcionalidad, o por el contrario, subirla si en los casos anteriores similares se aplicaban, por ejemplo 500 Unidades Tributarias Mensuales, y no hay elementos para una multa más baja.

¹²⁴ Es bien difícil aquí poner un ejemplo, ya que implicaría que el asesor jurídico, constata una *desviación de poder* de su jefe, por animosidad personal contra la empresa, o animosidad política, o fines meramente recaudatorios, etc., lo que llevaría a efectuar alguna denuncia por falta de probidad de su jefatura.

ya que tiene antecedentes de rivalidad personal o política evidente, caso en el cual habrá que revisar el fin del acto y si hay alguna desviación de poder, o que no entiende por qué la autoridad sanitaria de la Región de Ñuble lo fiscalizó si su empresa es de Yumbel, lo que llevará a analizar el elemento competencia, o que los inspectores sanitarios se equivocaron de trabajadores ya que los que requerían mascarilla eran otros, lo que implicaría revisar los hechos, o finalmente, que no entiende por qué lo sancionan por no informar los riesgos del sílice si tiene un informe de la Mutualidad que dice que no existe tal riesgo en su empresa, lo que llevará también a revisar los hechos, o por último, que habiendo presentado reposición administrativa contra las 100 Unidades Tributarias Mensuales y habiendo demostrado que no hay sílice, le acogen parcialmente la reposición pero le mantienen la misma multa sin rebajarla, lo que llevará nuevamente a analizar el objeto del acto y su proporcionalidad¹²⁵. Desde luego, el caso planteado puede ser también una suma de irregularidades que involucran varios vicios, o que un vicio en un elemento del acto administrativo genere también ilegalidad en el resto de los elementos.

Finalmente, este método práctico sirve para el asesor de la Administración que recibe un reclamo en su contra, para verificar si el vicio que se reclama es efectivo o no, y desde luego, también sirve para el juez a fin de verificar si el vicio reclamado es o no procedente.

Conclusiones

1.- Para efectuar un adecuado y eficiente control de legalidad de los actos administrativos, es conveniente acudir a un método práctico y una técnica concreta cuyos destinatarios son los operadores del derecho, con el objeto de determinar, en el caso concreto que se les presenta, *dónde* radica el vicio de legalidad del acto administrativo o cuál es su debilidad, ya sea para argumentar una ilegalidad del acto o bien defender su legalidad.

2.- Un primer paso para concretar este método, consiste en identificar y analizar los elementos del acto administrativo. Atendida la problemática chilena y comparada para identificar de manera uniforme los elementos del acto, el trabajo plantea reconocer aquellos que en nuestro país han generado algún consenso, principalmente en la jurisprudencia judicial y administrativa, con algún apoyo de la doctrina. Dichos elementos son la competencia (que incluye la investidura regular), el motivo, el objeto, el fin y la forma del acto administrativo (dentro de la cual se considera la motivación).

3.- Un segundo paso ha sido constatar que cada uno de los elementos del acto así consensuado cuentan con la correspondiente cobertura normativa que permite identificar dicho elemento con la normativa constitucional

¹²⁵ Este caso de laboratorio, en la última parte, referida a la inexistencia del riesgo de sílice y falta de proporcionalidad de la sanción por concurrir solo una de las dos infracciones imputadas, es el fallo "Arenera Costanero Biobío con Secretaría Regional Ministerial de Salud" (2018).

y legal chilena. Así el elemento competencia, cuenta con la cobertura normativa de los artículos 6° y 7° de la CPR, concretado en el plano legal en el artículo 2° de la LOCBGAE; el elemento motivo, está bajo la cobertura de los artículos 41 inciso 4°, 2° y 53 de la LOCBGAE, en relación con el artículo 19 N° 2 de la CPR; el elemento objeto, con los artículos 2° y 53 de la LOCBGAE, y en la expresa norma legal específica que para el caso se infrinja; el elemento fin, en los artículos 2° y 53 de la LOCBGAE, y el elemento forma en los artículos 3° y 11 inciso 2° y 16 de la Ley N° 19.880 (estos dos últimos, tratándose de la motivación) y del artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880 tratándose del vicio de forma.

4.- Un tercer paso consiste en la contrastación del elemento del acto administrativo reclamado con la norma jurídica infringida, detectando dónde se encuentra el vicio de legalidad. Para ello es necesario acudir a una técnica de control de los actos administrativos, utilizándose aquella que la doctrina enuncia para el control de los actos administrativos discrecionales, pero que en este trabajo ha sido adaptada para el control de todo tipo de actos, tanto reglados como discrecionales.

5.- Utilizando la técnica de control de los actos discrecionales así adaptada es posible analizar y controlar primeramente los elementos generalmente reglados del acto administrativo. De este modo, se puede analizar los vicios de la competencia, de la forma, del fin y del objeto, cuya ilegalidad podría ser más patente, en especial, el vicio de incompetencia por exceso de potestades o atribuciones, la violación de la ley en cuanto al objeto y la desviación de poder por ilegalidad en el fin del acto, constando el vicio a la luz de la infracción de la normativa constitucional y legal ya señalada.

6.- También es posible efectuar un segundo control del elemento más sustancial del acto administrativo, esto es, un control sobre los motivos del acto. En dicho control que contiene elementos más discrecionales, es posible controlar los hechos determinantes del acto, que incluye la exactitud material de los hechos, de tal manera que, si ellos no existen o no están comprobados, habrá una ilegalidad en los motivos invocados; pero también se puede controlar la calificación jurídica del acto que de ser si es errónea, implicará ilegalidad, pero en los motivos legales, teniendo importancia también la calificación, tratándose de los conceptos jurídicos, tanto determinados, como indeterminados, y además es posible controlar la apreciación de los hechos con algunas discusiones en orden si ello debe ser o no excepcional.

7.- Tiene una gran importancia en el elemento motivo, el control a través de los principios generales de derecho, tales como la buena fe, la proporcionalidad, la irracionalidad, y en nuestro país también el principio de confianza legítima. Sin embargo, cabe destacar el principio o criterio de la razonabilidad también conocida como interdicción de la arbitrariedad, considerando que nuestra legislación nacional ha recogido tal principio o criterio en el artículo 53 de la LOCBGAE, en relación con el artículo 19 N° 2 de la CPR, considerando que la razonabilidad atraviesa todo el espectro del acto admi-

nistrativo, tanto en su procedimiento (consistencia, coherencia, racionalidad), como en sus resultados (a través de la proporcionalidad de la decisión en relación medio a fines), siendo interesante la elaboración doctrinaria del *doble test* de racionalidad y razonabilidad.

8.- Finalmente, se ha pretendido demostrar que, utilizando el método propuesto en este trabajo, es posible identificar o detectar de manera más clara, ordenada y sistematizada, él o los vicios de ilegalidad que pueden afectar a un acto administrativo concreto, así como determinar cuáles son los vicios principales y secundarios que concurren en él, pudiendo además identificarse las fortalezas y debilidades del acto administrativo para su corrección. Incluso este método puede jugar un rol preventivo para que el asesor de la Administración pueda revisar que el acto administrativo cumple con todos sus elementos correctamente antes de su dictación o notificación.

Bibliografía citada

- ANDERS, V. et al. (s.f.). Método. En *Diccionario Etimológico Castellano*. Recuperado en 23 de septiembre de 2020, de <http://etimologias.dechile.net/?me.todo>
- ANDERS, V. et al. (s.f.). Fundamentar. En *Diccionario Etimológico Castellano*. Recuperado en 30 de septiembre de 2020, de <http://etimologias.dechile.net/?fundamentar>
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª edición). Abeledo Perrot Thomson Reuters.
- BETTI, E. (2015). *Teoría de la Interpretación Jurídica* (trad. A. Vergara Blanco). Ediciones UC.
- CANDIA FALCON, G. y URBINA, F. (2017). Estado de Derecho y control jurisdiccional: desafíos y tensiones. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 24 (1), 105-132.
- CASSAGNE, J. (2006). *Derecho Administrativo* (Tomo II) (8ª edición). LexisNexis Abeledo Perrot.
- CLAVERO AREVALO, M. (1992). *Estudios de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas S.A.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2013). La nulidad de los actos administrativos y sus causales. En J. Ferrada (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno, IX Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 224-229). Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, L. (2009). *El control de la Administración del Estado* (2ª edición). LegalPublishing.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª edición). Thomson Reuters.
- CHAPUS, René (2001) *Droit administratif général*. Tome I. Montchrestien.
- FERNÁNDEZ, T. (1997). *De la Arbitrariedad de la Administración* (Segunda Edición ampliada). Editorial Civitas.
- FERRADA, J. (2009). *Estudios de justicia administrativa* (2ª edición). LegalPublishing.
- FERRADA, J. (2012). El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(1 – Julio), 103-126.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública (Madrid)*, 159-205.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo I* (14ª Edición). Editorial Thomson Civitas.
- GORDILLO, A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo 3, el acto administrativo). (10ª Edición). Fundación de Derecho Administrativo.
- GUZMÁN NAPURÍ, C. (2013). *Manual del procedimiento administrativo general*. Pacífico Editores.
- HUEPE ARTIGAS, F. (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Thomson Reuters.
- HUEPE ARTIGAS, F.; SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, F. y MORALES VÉJAR, B. (2019). *Los vicios del acto administrativo* (Ediciones Der).

- HUEPE ARTIGAS, F. (2019). Las potestades discrecionales de la Administración en la tramitación y decisión de los sumarios administrativos. Técnicas para su control jurídico, con especial énfasis en el control de razonabilidad" la facultad de la Administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación. En M. Guiloff Titium (coord.), *Desafíos y tendencias de la función pública: XIII Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 141-165). RF Ediciones.
- JARA SCHNETTLER, J. (2013). Desviación de poder y nulidad de los actos administrativos. En J. Ferrada (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno, IX Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 224-229). Thomson Reuters.
- LARA ARROYO, J. y HELFMANN MARTINI, C. (2011). *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo*. Abeledo Perrot – LegalPublishing.
- MAURER, H. (2011). *Derecho Administrativo, parte general* (trad. Coordinada por Gabriel Doménech Pascual). Marcial Pons.
- MORAGA KENNER, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo, la actividad formal de la Administración del Estado* (Tomo VII). Abeledo Perrot LegalPublishing.
- MORAND-DEVILLER, J. (2010). *Derecho Administrativo* (trad. Z. Rincón y J. Peláez). Universidad Externado de Colombia.
- NIETO, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel S. A.
- PALLAVECINI, J. (2011). El principio de legalidad del gasto público en materia financiera. *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, 209-230.
- PARADA, R. (2002). *Derecho Administrativo I Parte general*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- PAREJO ALFONSO, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias: un estudio al alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Madrid, Tecnos.
- PAREJO ALFONSO, L. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo* (7ª edición). Tirant lo Blanch.
- PIERRY ARRAU, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), 161-183.
- PIERRY ARRAU, P. (2017). *Derecho Administrativo, obra reunida*. Escuela de Derecho PUCV.
- PRAT, J. A. (1957). *De la desviación de poder*. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- RIVERO, Jean y WALINE, Jean (2002). *Droit administratif*. Dalloz.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. (2016). *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Marcial Pons.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R. (2011). *Discrecionalidad administrativa*. Abeledo Perrot LegalPublishing.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Editorial Tecnos S.A.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado, el servicio público*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado, actos contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (2010). *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*. Abeledo Perrot, LegalPublishing.
- VALDIVIA OLIVARES, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VEDEL, Georges y DELVOLLE, Pierre (1958). *Droit Administratif*. Tome 2. Puf.
- VELASCO CABALLERO, F.(1996). *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tecnos.
- VERGARA BLANCO, A. (2010) *El Derecho Administrativo como sistema autónomo, el mito del Código Civil como "Derecho Común"*. Abeledo Perrot LegalPublishing.
- VERGARA BLANCO, A. (2017). *Derecho Administrativo: identidad y transformaciones*. Ediciones UC.

Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 56.046 (2003), 9 de diciembre de 2003.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 17.820 (2004), 12 de diciembre de 2004.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.191 (2004), 6 de septiembre de 2004.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 887-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1062-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1063-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1073-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1074-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1075-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1076-2008, 12 de mayo de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1838-2008, 19 de junio de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 6297-2008, 16 de diciembre de 2008.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 4661-2009, 21 de julio de 2009.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 6217-2010, 21 de octubre de 2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 15.300 (2012), 15 de marzo de 2012.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 2523-2013, 10 de junio de 2013.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 8393-2013, 11 de noviembre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.766 (2016), 24 de marzo de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.518 (2016), 29 de marzo de 2016.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 21192-2015, 6 de julio de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 85.700 (2016), 28 de noviembre de 2016.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 55119-2016, 29 de diciembre de 2016.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° Rol N° 34.277-2017, 7 de marzo de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.400 (2018), 2 de marzo de 2018.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Sala. Rol 1605-2018, 18 de enero de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 16103-2019, 24 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 1497-2019, 24 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 7815-2019, 30 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 3404-2019, 3 de julio de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 4787-2019, 13 de mayo de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 5733-2019, 14 de mayo de 2019.
- Corte Suprema. Sala. Rol 5457-2019, 13 de mayo de 2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 9.762 (2020), 10 de junio de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 24049-2019, 30 de junio de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 20302-2018, 7 de julio de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 39649-2020, 18 de agosto de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 112869-2020, 21 de diciembre de 2020.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 62663-2020, 5 de enero de 2021.
- Corte Suprema. Sala. Rol N° 119277-2020, 24 de febrero de 2021.

La responsabilidad patrimonial de los concesionarios de obras públicas por los daños sufridos por terceros durante la fase de explotación de la concesión

Liability of concessionaires for damages suffered by third parties during concession's operational phase

Martín Loo Gutiérrez*

El trabajo presenta el estado actual del derecho que regula la responsabilidad de los concesionarios frente a terceros que sufren daños en las obras públicas concesionadas durante su fase de explotación. Al respecto es posible advertir que la jurisprudencia de nuestras Cortes ha elaborado, al menos, dos soluciones que siguen caminos argumentativos diversos. Se someterá a juicio crítico ambas respuestas y se concluirá que la responsabilidad de los con cesionarios por los daños sufridos por terceros, tengan o no la calidad de usuarios, durante la fase de explotación de la concesión, es de naturaleza extracontractual y, por tanto, no se en-

This paper depicts the current status of the law regulating the liability of concessionaires for third party damages during the operating stage of public works concessions. In this regard, Chilean case law has provided at least two solutions, with a different line of argument. Both workarounds shall be subject to critical scrutiny, to finally conclude that concessionaires, during the operating phase of a concession, are liable in tort rather than contract for third party damages, and are thus not subject to the provisions of the Consumer Protection Law.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en derecho por la II Universidad de Roma Tor Vergata. Correo electrónico: martin.loo@pucv.cl. Correo postal: Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

Este trabajo fue financiado por Conicyt (hoy ANID) a través del proyecto Fondecyt Regular N° 1180608 (Prof. Íñigo de la Maza Gazmuri, investigador responsable). Agradezco las observaciones de los pares evaluadores a una versión preliminar de este trabajo. Agradezco especialmente al ayudante del departamento de derecho público de la PUCV, señor Juan Ignacio Johnson Narváez, por la valiosa colaboración prestada en la investigación jurisprudencial.

Artículo recibido el 17 de marzo de 2021 y aceptado el 6 de junio de 2021.

cuenta sujeta a las normas de la Ley de Protección del Consumidor.

Palabras clave: responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual, concesión de obras públicas, ley del consumidor, daños a usuarios.

Keywords: civil liability by breach of contract, tort law, public works concessions, consumer law, tort damages.

Introducción

El contrato de concesión de obra pública genera un conjunto de relaciones jurídicas entre el Estado, el concesionario y los usuarios de las obras y servicios concesionados, todas las cuales se encuentran sometidas a un régimen jurídico, más o menos, especial. Este trabajo aborda las relaciones que se generan con ocasión de los accidentes sufridos por los usuarios durante el período de explotación de la concesión y sostiene que su régimen es el de la responsabilidad civil extracontractual, descartando con ello la posible aplicación de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC).

Para afirmar lo anterior es preciso tener en cuenta que, en virtud de este contrato administrativo, el Estado encarga a un particular la prestación de un servicio público para cuya realización es necesaria la construcción o rehabilitación de una obra pública que, luego, será explotada para obtener los ingresos destinados a solventar los costos de construcción, de mantenimiento y para generar una utilidad económica. Dicha explotación corresponde a la prestación de un servicio público cuyo beneficiario inmediato puede ser la población general (como sucede, por ejemplo, en las autopistas y aeropuertos), o bien, la misma Administración Pública (como ocurre en los hospitales y en los centros de cumplimiento penitenciario). Sin perjuicio de quién sea el receptor directo de los servicios públicos que desarrolla el concesionario, como se ha indicado en otro lugar¹ el contrato de concesión de obra pública corresponde a una forma de ejecución de obras públicas caracterizada por la manera en la que la Administración remunera al contratista, la cual puede adoptar dos modalidades. En primer lugar, dicha remuneración puede derivar de la *concesión* de la explotación comercial de la infraestructura, esto es, en la autorización que se confiere al concesionario para recaudar una suma de dinero de los usuarios de la obra realizada; suma que es establecida en el contrato de concesión. En segundo lugar, la remuneración del concesionario puede provenir de pagos realizados directamente por la Administración concedente; pagos que nuestra legislación denomina *subsidios*².

La primera es la modalidad más elemental y describe bien la funcionalidad básica de este contrato: la empresa privada adjudicataria del contrato

¹ Loo 2019b, 332-333.

² Véase, además, MORAGA 2019, 187.

se obliga a recaudar el financiamiento, a construir, a mantener y a explotar una obra pública a cambio de lo cual la Administración Pública la autoriza a cobrar, en su nombre, pero en beneficio propio, una suma de dinero a quienes utilicen la obra realizada. El conjunto de dichos pagos, por un período extenso de tiempo (que, de acuerdo con el art. 25 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas³ puede llegar hasta los cincuenta años), constituirá la remuneración del contratista.

La segunda modalidad de remuneración consiste en pagos realizados por la Administración concedente. Existen esquemas contractuales en los cuales el Estado es quien paga directamente al concesionario sobre la base de la disponibilidad u otros parámetros funcionales o de utilización de la infraestructura (por ejemplo, determinadas por su demanda de uso). La legislación chilena reconoce esta forma o modalidad del contrato de concesión en el artículo 11 LCOP, al prescribir que “el concesionario percibirá como única compensación por los ser vicios que preste, el precio, tarifa o *subsidio* convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados”⁴.

Cualquiera sea la modalidad en la cual se convenga el contrato de concesión resulta claro que crea una relación jurídica de naturaleza contractual entre el Estado concedente –en nuestro ordenamiento, a través de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas– y la sociedad concesionaria. En otras palabras, en virtud del contrato de concesión de obra pública surge una relación jurídica de derecho público entre el Estado y el concesionario, sometida a la regulación típica de los contratos administrativos. Esto significa que, cualquiera sea la modalidad del contrato de concesión, es siempre el Estado quien remunera la actividad desarrollada por el concesionario, sea a través de la autorización para recaudar tarifas (peajes, derechos de embarque, etc.), sea a través de aquellos pagos directamente realizados por la Administración que nuestra legislación denomina ‘subsidios’⁵.

Otro aspecto relevante de este contrato para el presente trabajo es que se encuentra estructurado en dos fases, cada una sujeta a una específica regulación. En un primer momento, se encuentra la denominada ‘fase de cons-

³ Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991, Ley de concesiones de obras públicas; en adelante, “LCOP”.

⁴ En el derecho extranjero se conocen experiencias de contratos de concesión que utilizan esta forma de remuneración a través de subsidios estatales, incluso, para ciertas infraestructuras que, en nuestro país, se financian siempre a través de la recaudación de pagos de los usuarios. Por este motivo, en otro lugar, se afirmó que esta modalidad de la concesión de obra pública, esto es, la concesión en la cual es el Estado quien remunera al concesionario a través de subsidios, es lo que –en el extranjero– se denomina ‘asociación público-privada’: Loo 2019b, 355; Loo 2019a, 189.

⁵ Cabe apuntar que hay autores que disputan la naturaleza convencional de las relaciones entre el Estado y sus contratistas. Véase ARANCIBIA 2019b y, en contra, Loo 2018. Así mismo, en ARANCIBIA 2019a, 358 el autor califica las concesiones de obras como una “contraprestación por el cumplimiento de una carga pública voluntaria que constituye el objeto principal de un acto administrativo de gravamen”.

trucción' de la obra pública, durante la cual el concesionario ejecuta las obras convenidas (por ejemplo, la rehabilitación y ampliación de una carretera; la construcción de un nuevo hospital; el reacondicionamiento de un centro penitenciario, etc.). Una vez que la ejecución de las obras ha culminado y la Administración ha autorizado la puesta en servicio de las mismas (art. 17 LCOP), se iniciará la fase temporalmente más extensa del contrato, denominada 'etapa de explotación', durante la cual el concesionario deberá prestar el servicio público para el cual haya sido ejecutada la obra, percibiendo las prestaciones económicas convenidas de acuerdo al tipo de infraestructura realizada. Como puede advertirse, el hecho que el concesionario recaude su compensación de parte del público o sea directamente remunerado por el Estado no modifica la naturaleza de la relación (se trata siempre de un contrato celebrado entre el Estado y el concesionario) ni tampoco altera el cuadro normativo de referencia. Tal es así que el derecho a percibir los pagos de los usuarios es un derecho derivado del contrato de concesión y no, en cambio, de alguna relación jurídica que se pueda instaurar entre el concesionario y los usuarios⁶.

Una segunda cuestión que conviene destacar es que, durante la fase de explotación de la obra, tal como eficazmente sostiene la doctrina, la Administración *delega* en el concesionario una actividad (una *misión*, dice Valdivia⁷, siguiendo a la doctrina francesa) que le es propia. Esta delegación de funciones estatales, como se verá más adelante, se realiza en términos particularmente amplios, de suerte que la incidencia de la Administración en la gestión cotidiana del servicio es limitada, disponiendo el concesionario de un importante margen de discreción para adoptar las decisiones necesarias para la buena marcha del servicio público cuya ejecución se le ha delegado. La Administración concedente se limitará a velar porque las condiciones en las cuales se desarrollan las prestaciones del concesionario satisfagan los términos legales y contractuales. Por ello, en la fase de explotación, el concesionario goza de una amplia libertad de gestión pese a tratarse de una actividad expresamente calificada como un servicio público⁸.

Entonces, como ya se señaló, la concesión de obras públicas se estructura en dos fases sucesivas específicamente reguladas por la LCOP y su

⁶ Al efecto, puede consultarse el tenor de los distintos decretos de adjudicación de concesiones de obras públicas, especialmente, en lo relativo a los 'derechos del concesionario'. Como ejemplo puede citarse el art. 11 del decreto supremo MOP N° 1205, de 17 de agosto de 2001, que adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada 'Variante Melipilla', titulado 'derechos del concesionario', el cual dispone que este tiene derecho a 'cobrar las tarifas a todos los usuarios de la concesión...'

⁷ VALDIVIA 2018, 30.

⁸ El artículo 61 N° 1 del Reglamento de la LCOP, decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 956 de 1997, establece que "la obra entregada en concesión es un servicio público", lo cual da claramente cuenta de la naturaleza de la *misión* que desarrolla el concesionario por cuenta de la Administración: es una tarea pública prestada, orgánicamente, por una sociedad privada. Hay que reconocer, sin embargo, que existen autores que critican la atribución del carácter de servicio público a una actividad económica por medio de la potestad reglamentaria. Véase, BERMÚDEZ 2019, *passim*.

reglamento. En este artículo se mirará la fase de explotación ya que es con ocasión de ella que la ley impone al concesionario la prestación del servicio público en condiciones de *normalidad* y *continuidad* (artículo 23 LCOP). Por su lado, el Reglamento de la LCOP, disciplina en forma detallada, en sus artículos 54 y siguientes, el régimen jurídico a que se encuentra sometido el concesionario durante esta fase de la concesión, estableciendo en el art. 62 el deber de la sociedad concesionaria de adoptar todas las medidas necesarias para evitar daños a terceros.

Del conjunto de estas normas es posible concluir que el concesionario debe observar una disciplina normativa especialísima que le impone el cumplimiento de un servicio público (artículo 61 N° 1 del Reglamento de la LCOP) con estándares de *normalidad* y *continuidad* (art. 23 LCOP), adoptando todas las medidas necesarias para evitar daños a terceros (art. 62 RLCOP). Daños que, de verificarse, generan responsabilidad en el concesionario “a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato” (art. 35 LCOP).

La correcta inteligencia de estas normas ha dado lugar al problema que se debe enfrentar en este artículo, esto es, la determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del concesionario por los daños sufridos por terceros, sea que estos tengan, o no, la calidad de usuarios de las obras explotadas por el contratista.

De esta hipótesis surgen, al menos, las siguientes preguntas: ¿se trata de una responsabilidad de tipo contractual o extracontractual? En caso de considerarse una hipótesis de responsabilidad contractual, ¿cabe considerar a los usuarios de las obras como consumidores y, por ello, extender la protección que confiere la LPC a los adquirentes de un servicio? En caso de estimarse que se trata de una hipótesis de responsabilidad extracontractual, ¿cuál es la posición del Estado concedente frente a las responsabilidades derivadas de daños causados a usuarios de obras concesionadas?.

El desafío que este trabajo se plantea es encontrar una respuesta que unifique el régimen de responsabilidad del concesionario frente a los terceros que sufren accidentes en las obras concesionadas durante su fase de explotación. Ello es necesario porque se ha llegado al punto que, alguna decisión judicial⁹, ha hecho depender dicho régimen de la circunstancia que el usuario haya efectivamente pagado la tarifa de uso. Pretendo discutir esta conclusión, puesto que privilegia una respuesta que distorsiona la naturaleza del pago efectuado por los usuarios, elevándolo a la categoría de prestación contractual *inter privados*. Por otro lado, esta solución es también insuficiente toda vez que no se hace cargo de los accidentes que puedan ocurrir a terceros usuarios que no deben pagar por los servicios desarrollados por los concesionarios (como el peatón que atraviesa una pasarela sobre una autopista,

⁹ Corte de Apelaciones Valparaíso Rol 641-2015, cons. 7°.

el acompañante de un pasajero del aeropuerto o el interno de un centro de cumplimiento penitenciario). En estos casos, la respuesta de la responsabilidad por incumplimiento contractual del concesionario sería improcedente y, por ello, insatisfactoria.

Para abordar estas preguntas resulta imprescindible estudiar el estado de la jurisprudencia, la cual se encuentra dividida en dos tendencias mayoritarias: una considera que el pago de la tarifa de uso por el usuario importa la celebración de un contrato que, además, se encuentra dentro del ámbito regulatorio de la LPC; otra, estima que no existe relación contractual alguna entre usuario y concesionario y, por ende, que la responsabilidad sería de naturaleza aquiliana, considerando que el precio pagado por los usuarios es una prestación de índole tributaria o, en todo caso, de naturaleza no contractual.

En efecto, un número relevante de decisiones –provenientes, principalmente, de distintas Cortes de Apelaciones del país– considera que la responsabilidad del concesionario por los daños sufridos durante el uso de obras concesionadas (especialmente, de autopistas) se encuentra sometida a la disciplina establecida por la LPC considerando –erradamente, según mi opinión– que entre el concesionario y el usuario se instaura una relación jurídica contractual de consumo. Esta posición fue aceptada por la Corte Suprema en alguna ocasión¹⁰.

En cambio, la jurisprudencia que se ha abierto paso también en las Cortes de Apelaciones y consolidado en la Corte Suprema sostiene que el estatuto aplicable a la hipótesis es aquel de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 2314 y siguientes del Código Civil¹¹. Por las razones que analizaré en este artículo, considero que esta es la solución armónica tanto con la naturaleza de la relación jurídica concesional (la cual, como se dijo, corresponde a un contrato entre el Estado y el concesionario), como con el rol que la legislación le atribuye al concesionario (esto es, la condición de prestador de servicios públicos). Por otra parte, esta respuesta, según mi opinión, permite unificar el estatuto de responsabilidad de los concesionarios prescindiendo tanto del tipo de obra de la cual sean gestores (se cobre, o no, por su uso al público), como de la condición del tercero que sufre los daños (pagador de tarifa, o no), lo que permite construir un sistema de protección unitario y con reglas homogéneas a favor de las víctimas de estos. Esta respuesta, sin embargo, presenta un flanco dudoso, cual es, la posible responsabilidad patrimonial en que pueda incurrir el Estado como titular último de estas infraestructuras y servicios públicos¹².

¹⁰ Corte Suprema Rol N° 6370-2009.

¹¹ Véase por ejemplo: Corte Suprema Rol N° 6229-2010; Rol N° 216-2011; Rol N° 2911-2011; Rol N° 4292-2012; Rol N° 5678-2012; Rol N° 27.950-2014; Rol N° 10.649-2015; Rol N° 16.684-2018.

¹² Como se sostuvo por alguna temprana doctrina, el Estado no podría desligarse y ‘privatizar’ la responsabilidad que le incumbe por los daños sufridos en las infraestructuras de las cuales es titular (VIÑUELA 2001, *passim*; VIÑUELA 2003, *passim*). No obstante, creo que esta posición se encuentra superada, como se dirá más adelante.

En consecuencia, el objetivo principal de este artículo es demostrar que la responsabilidad de los concesionarios de obras públicas por los daños sufridos por terceros usuarios, a título gratuito u oneroso, durante la fase de explotación de las mismas, es una responsabilidad de naturaleza extracontractual y se encuentra regida por las disposiciones del título XXXV del Código Civil. Junto con demostrar lo anterior, se deberá cuándo el Estado concedente puede incurrir en responsabilidad patrimonial por falta de servicio ex art. 42 LOCBGAE.

Para alcanzar este objetivo se procederá a estudiar el estado actual de la jurisprudencia y la doctrina en la materia (I), para luego analizar aquellos fallos que reafirman la hipótesis de este trabajo, esto es, que esta responsabilidad es de naturaleza extracontractual, aportando, además, algunas reflexiones adicionales que refuerzan y amplían a otros supuestos de hecho la tesis acerca de la corrección de esta línea jurisprudencial (II). Deberá, asimismo, controvertirse la conclusión de que, en las hipótesis de hecho señaladas, el Estado vea en todo caso compro metida su responsabilidad por falta de servicio, situación que se presenta solo en situaciones muy restringidas, tal como correctamente ha interpretado la jurisprudencia (III). El trabajo finalizará con algunas conclusiones.

I. El estado de la cuestión a nivel doctrinal y jurisprudencial

Como ya se señaló, el debate jurisprudencial y doctrinal en materia de responsabilidad del concesionario por los accidentes que sufren los usuarios de las obras durante la fase de explotación se encuentra claramente dividido en dos tendencias.

La primera de ellas sostiene que dicha responsabilidad es de naturaleza contractual. Se predica esta calidad toda vez que se identifica la existencia de un contrato entre el concesionario y el usuario de la infraestructura; contrato que un número importante de los fallos consultados reconduce a la categoría de acto de consumo y respecto del cual, se aplica, por ende, el estatuto protector de la LPC. En algún caso aislado, sin embargo, se ha establecido que esta responsabilidad es contractual, pero que se encuentra sometida a la regulación de derecho común¹³. Como ya se dijo, esta postura gozó de amplio consenso, especialmente, a nivel de las Cortes de Apelaciones y, en alguna ocasión, de la Corte Suprema¹⁴.

La segunda postura asevera que la responsabilidad del concesionario por los daños sufridos por los usuarios es de naturaleza extracontractual, toda vez que, entre concesionario y usuario, no se concluye contrato alguno como consecuencia del pago de la tarifa de uso de la infraestructura. Esta posición es la que se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte Suprema y, como se verá en el apartado II, me parece acertada.

¹³ Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 8-2017.

¹⁴ En la ya citada Corte Suprema Rol N° 6370-2009.

Esta incertidumbre jurisprudencial se encuentra bien documentada por la doctrina nacional. En el artículo más relevante para la materia objeto de este trabajo, Diez¹⁵ –luego de pasar en detallada reseña las hipótesis de hecho más comunes que se ventilan ante los tribunales del país y de las cuales derivan condenas de responsabilidad respecto del concesionario de obras viales– constata que la jurisprudencia chilena, cuando entiende infringida la ‘obligación de seguridad’ de los concesionarios, les condena al resarcimiento de perjuicios invocando, en modo indistinto, el régimen de responsabilidad extracontractual de derecho común, el régimen de responsabilidad contractual, sea de derecho común, sea por infracción a la Ley del Consumidor, dándose por establecida –según sea la sede en la cual la víctima busque el resarcimiento, esto es, ante los juzgados civiles ordinarios o los juzgados de policía local–, la culpa aquiliana, la culpa contractual e, incluso, la falta de servicio. Ante ello, concluye el autor, se ha verificado un “acercamiento entre estos diversos regímenes a la hora de solucionar casos prácticos en esta materia”¹⁶.

Esta heterogeneidad de soluciones no puede ser satisfactoria ya que la naturaleza de la responsabilidad en que incurra el concesionario no puede depender de la sede en la cual ella se deba establecer ni del régimen jurídico que el actor decida invocar.

Por ello es necesario someter a análisis crítico las tendencias jurisprudenciales en la materia y, para ello, se pondrá especial atención a los fallos dictados con posterioridad al año 2012, fecha de publicación del estudio del Prof. Diez.

1. La responsabilidad del concesionario como responsabilidad civil contractual

Como ya se dijo, la primera postura que ha tomado cuerpo en nuestra jurisprudencia señala que la responsabilidad civil del concesionario por los daños sufridos por los usuarios de una obra concesionada durante la fase de explotación es de naturaleza contractual, esto es, deriva del incumplimiento de la obligación de seguridad que nace del contrato que surgiría entre el concesionario y el usuario como consecuencia del pago de la tarifa de uso de la infraestructura.

Como bien reseña Diez¹⁷:

esta tendencia postula que entre el usuario y la sociedad concesionaria ‘existe un vínculo contractual derivado del contrato de adhesión que celebra el usuario al momento de pagar el peaje’, el cual le impone a aquélla, entre otras obligaciones, las señaladas en el anotado artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto N° 900 MOP de 1996).

¹⁵ DIEZ 2012, 154.

¹⁶ *Ibid.*, 155.

¹⁷ DIEZ 2007, 85-87.

La jurisprudencia identifica la celebración de un contrato bilateral y oneroso entre el concesionario y el usuario puesto que aquel ofrece un servicio y este lo adquiere por medio del pago de un precio o tarifa¹⁸. Una variante de esta opinión, tomando en cuenta el carácter comercial de la actividad desarrollada por la sociedad concesionaria, al tiempo que la calidad de usuario final de quienes utilizan sus servicios, asevera que esta relación jurídica cae dentro del ámbito regulativo de la LPC¹⁹.

Es posible identificar numerosos pronunciamientos judiciales que, reconociendo la competencia de los jueces de policía local para conocer las querellas infraccionales y demandas resarcitorias deducidas por las víctimas de estos daños, han debido pronunciarse sobre la aplicación de la LPC a esta hipótesis, calificando explícitamente la relación que se instaura entre el concesionario y el usuario de la obra como una relación de consumo.

Esta opinión jurisprudencial privilegia la aplicación de los artículos 3, letra d) y 23, LPC, por sobre el art. 35 LCOP. Este razonamiento se encuentra igualmente explicado por Díez²⁰, quien señala que:

esta tendencia también parte de la base que entre el usuario y la sociedad concesionaria existiría un 'contrato oneroso de peaje celebrado en forma particular', pero añade que en virtud de dicho contrato la concesionaria adquirió 'obligaciones cuyo cumplimiento se enmarca en la Ley N° 19.496, sobre los derechos de los consumidores', otorgándose así 'a la consumidora, quien pagó una tarifa por usar la ruta concesionada, el derecho de obtener como contraprestación: la seguridad de que la vía esté libre de peligro y obstáculos y de que se pueda circular en ella, con toda normalidad y sin riesgo de sufrir accidentes, que se pudieren haber evitado si el proveedor hubiese cumplido con la obligación del artículo 3 letra d) de la Ley del Consumidor'.

Como se puede advertir, esta solución jurisprudencial afirma que la utilización de una infraestructura concesionada durante su fase de explotación da lugar a una relación jurídica de naturaleza contractual que une al concesionario y al usuario; contrato que tendría la naturaleza de bilateral y conmutativo, toda vez que el usuario se obliga a pagar una tarifa de circulación a través de la ruta y el concesionario se vincula, a su vez, a consentir el uso por parte de quien haya hecho pago de la tarifa en condiciones de normalidad y seguridad, dando así cumplimiento a la obligación que emana de la regulación propia contrato de concesión de obra pública (art. 23 LCOP) y a las disposiciones de la LPC en materia de seguridad del consumidor (artículos 3°, letra d), y 23 LPC).

¹⁸ Por ejemplo, Corte de Apelaciones La Serena Rol N° 186-2013.

¹⁹ Siempre en la sentencia de la Corte de Apelaciones La Serena Rol N° 186-2013, sin perjuicio de la jurisprudencia citada más adelante.

²⁰ Díez 2007, 86.

Como ya se dijo, esta comprensión del problema ha sido acogida –aunque con vaivenes– por la jurisprudencia de varias Cortes de Apelaciones y, en alguna ocasión, también, por la Corte Suprema.

Los pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones generalmente se manifiestan bien sobre la calidad de consumidores y prestadores de servicios de las partes, bien sobre la inaplicabilidad de la excepción del art. 2° bis LPC que incluye dentro del ámbito de regulación aquellas situaciones que –disciplinadas por leyes especiales, como la LCOP– no cuentan con mecanismos procesales específicos para reclamar la responsabilidad del proveedor.

Así, es posible encontrar ejemplos de este tipo de decisiones en sentencias de las Cortes de Apelaciones de Santiago, San Miguel, Valparaíso y La Serena²¹.

La argumentación de estas sentencias se desenvuelve en el modo que da cuenta la sentencia de la Corte de San Miguel Rol N° 8-2020, la cual estableció:

Tercero: Que conforme las alegaciones hechas valer, la doctrina ni la jurisprudencia han resultado pacíficas en torno a la materia y todo se resuelve sobre la base de las interpretaciones que de las normas que rigen el asunto se haga, tanto a nivel doctrinal, como jurisprudencial. Hecha esta salvedad y acerca de los elementos que faltarían para que se configure un acto de consumo, que es lo que cuestiona el recurrente a través de su alegación de incompetencia, a juicio de estos sentenciadores sus argumentaciones resultan erradas. En efecto, el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor dispone: “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: a) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”; y en su artículo 2° bis, dispone que: “No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”.

²¹ Corte de Apelaciones Valparaíso Rol N° 324-2012; Corte de Apelaciones San Miguel Rol N° 679-2013; Corte de Apelaciones Valparaíso Rol N° 424-2014; Corte de Apelaciones Valparaíso Rol N° 104-2015; Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 663-2015; Corte de Apelaciones La Serena Rol N° 224-2015; Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 8- 2017; Corte de Apelaciones San Miguel Rol N° 970-2017; Corte de Apelaciones San Miguel Rol N° 8-2020, *ex mult.*

Cuarto: Que delimitado el marco jurídico que rige el asunto, en cuanto a la primera reclamación efectuada por el recurrente en orden a no ser la actividad que desarrolla un acto de comercio, el artículo 3° en su numeral 20 del Código de Comercio establece que: "Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 20. Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza" ..

Saldada esta interrogante, queda determinar si la ley de concesiones contempla un procedimiento para la resolución del asunto. [...] En este sentido, el artículo 35 de la Ley de Concesiones simplemente contempla una norma que indica los daños de los que responde el concesionario frente a terceros, mas no contempla un instrumento procedimental para resolver el asunto, de modo que la concurrencia de este punto alegado tampoco resulta demostrada.

Como puede apreciarse, la sentencia recién transcrita, junto con calificar la relación entre concesionario y usuario como una relación de consumo, sostiene que la vía judicial aplicable para la reparación de daños es aquella prevista por la LPC y no el artículo 35 LCOP norma que, según la sentencia, no establecería mecanismo procedimental alguno que permita considerarla dentro de las excepciones del artículo 2° bis LPC.

Si bien esta tendencia jurisprudencial considera la responsabilidad contractual como una regida por las normas de la LPC y, por ello, sujeta a los procedimientos judiciales de dicha ley, no cabe olvidar que alguna sentencia ha sostenido que la responsabilidad contractual del concesionario es de derecho común. En efecto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8-2017, si bien afirma que la responsabilidad del concesionario es de naturaleza contractual, concluye que ella no debe perseguirse al amparo de la LPC toda vez que concluye que la regulación especial a la que se refiere su art. 2° bis se encuentra constituida por el artículo 35 LCOP y, por ello, corresponde su conocimiento al juez ordinario.

Considerando 4°: Sobre el particular se tiene en consideración que la Ley de Concesiones en su artículo 35 regula la materia que sirve de fundamento a la querrela infraccional y demanda civil, toda vez que señala que el concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la explotación de la obra se ocasionaren a terceros. Es, precisamente, lo que acontece en este caso, en que un tercero, pues el querellante lo es si se considera que el texto legal regula las relaciones entre el otorgante de la concesión y la concesionaria, reclama la indemnización de los perjuicios sufridos con motivo del hecho que denuncia. Como se trata de una ley especial, queda comprendida entre las excepciones a que se refiere el artículo 2° bis antes mencionado, por lo que el conflicto planteado no puede ser resuelto al amparo de la norma-

tiva de la Ley N° 19.496, debiendo serlo por la vía ordinaria ante el juez naturalmente competente, que lo es el juez de letras en lo civil.

La sentencia, como se ve, hace primar la norma del artículo 35 LCOP por sobre aquella del artículo 2° bis, letra c) LPC, considerando de esta manera que la responsabilidad contractual del concesionario es una responsabilidad de derecho común.

Como se ha visto hasta el momento, esta corriente jurisprudencial identifica el pago del peaje con la celebración de un contrato entre el usuario y el concesionario, reconociendo generalmente la responsabilidad contractual al amparo de la LPC de este último por los daños sufridos por su 'cliente'. Por ello, la circunstancia de verificarse, o no, un pago por parte del usuario de la obra concesionada reviste –en modo indebido, como se dirá más adelante– una relevancia fundamental al momento de determinar el régimen jurídico de la responsabilidad del concesionario.

En razón de lo anterior, el hecho que el usuario no pague –o, bien, no pruebe haber pagado– una tarifa por el uso de la infraestructura ha hecho concluir a alguna Corte de Apelaciones que no resulta aplicable el régimen jurídico previsto por la LPC.

De esta forma, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia Rol N° 641-2015, sostuvo que:

Séptimo.- Que así las cosas, se hacía indispensable que el demandante acreditara con algún medio de prueba legal la afirmación efectuada en su libelo pretensor en orden a que existía un contrato con la sociedad concesionaria respecto a su circulación en el tramo donde se produjo el accidente. Sin embargo, no rindió probanza alguna para establecer tal circunstancia, ni tampoco es posible presumir tal vínculo de algún antecedente conocido, pues de los elementos del proceso no es posible determinar desde qué lugar venía el vehículo conducido por el actor y consiguientemente si en algún momento pagó una tarifa o peaje a la Sociedad Concesionaria demandada, por el uso de alguna ruta que se une a la Vía Las Palmas y en que por tal motivo podría entenderse que se formó una relación contractual.

Octavo.- Que, por consiguiente, no es posible concluir que el demandante pagó una determinada tarifa o peaje en virtud de la cual se le permitió el acceso a la Ruta en cuestión, vale decir, que celebró un acto jurídico oneroso con la sociedad concesionaria, por lo que no se verifica la condición objetiva contemplada en el artículo 1° en relación al artículo 2 a) de la Ley N° 19.496, que permite su aplicación.

En razón de lo anterior, solo corresponde desestimar la responsabilidad infraccional de la demandada y consecuentemente, rechazar la demanda civil interpuesta en su contra.

Esta sentencia es buena muestra de los problemas de coherencia que presenta considerar que la responsabilidad del concesionario como de tipo contractual. El principal de ellos consiste en que el surgimiento de responsabilidad por los accidentes sufridos por los usuarios de la obra concesionada se hace depender de que estos hayan pagado la tarifa por el uso de la infraestructura, lo que supone condicionar la responsabilidad de origen legal del concesionario al cumplimiento de las obligaciones por parte del usuario. La incoherencia se hace más evidente si se considera que no todos quienes utilizan una infraestructura concesionada tienen el deber de pagar alguna tarifa por el uso de la misma; cuestión que ocurre no solo en aquellas infraestructuras en las cuales el pago del concesionario proviene directamente del concedente a través de los subsidios (como en los hospitales o centros de cumplimiento penitenciario), sino también en aquellas otras en las cuales no todos los usuarios reciben el servicio para el cual fue proyectada la obra, como los peatones que usan las pasarelas en una autopista, o bien, quienes hacen ingreso a un recinto aeroportuario, pero no en calidad de pasajeros. La doctrina jurisprudencial que se viene comentando entregaría una respuesta diferenciada respecto de estos sujetos, cuestión que parece criticable desde el punto de vista de la igualdad de la protección a las víctimas de estos accidentes.

Pese a lo anterior, esta postura jurisprudencial ha sido acogida, aunque aisladamente, por la Corte Suprema la cual, en sentencia Rol N° 6370-2009, estableció:

Sexto: Que, habiéndose establecido que la relación entre concesionario y usuario es de derecho privado, procede clasificar el contrato existente entre ellos como bilateral, con-sensual, oneroso y conmutativo. Respecto a la denominación jurídica y a las características específicas de este contrato, nos encontramos con que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente no hay unanimidad en su clasificación, aunque todos lo consideran una relación regida por el derecho privado²².

Como se dijo, esta posición ha sido pocas veces expresada por la Corte Suprema la cual, por el contrario, en su jurisprudencia más reciente sostiene la inexistencia de una relación contractual entre usuario y concesionario calificando como extracontractual la responsabilidad por los accidentes sufridos en vías concesionadas. Junto a este argumento, creo, se puede encontrar una segunda razón, que atiende a las distintas tipologías de concesiones de obras públicas para concluir que esta responsabilidad es extracontractual y que no se sujeta a la Ley del Consumidor.

²² Igual decisión se repite en Corte Suprema Rol N° 2911-2011, en la cual se sostuvo que “el usuario del servicio en su relación con la concesionaria está en una situación contractual, ligado a la concesión por un contrato de derecho privado, en que las prestaciones recíprocas entre los contratantes se constituyen por la provisión, de un lado, de una ruta o camino con determinadas características cualitativas de rango relativamente superior y, de otro, el pago de un valor prefijado por ello”.

Esta postura será analizada a continuación.

1.2. *La responsabilidad del concesionario como responsabilidad civil extracontractual*

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la responsabilidad del concesionario por los accidentes sufridos por los usuarios en las obras públicas concesionadas, específicamente en las autopistas, es de naturaleza extracontractual.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, Rufián Lizana quien recuerda que la LCOP engloba el cobro de las tarifas y su sistema de reajuste entre aquellas materias que deben ser regidas "con arreglo a las normas del derecho público" (art. 21 LCOP).

De acuerdo con esta autora, la circunstancia que el cobro de tarifas se deba regir por las normas de derecho público coloca al usuario que debe pagar por la utilización de una obra concesionada en la misma situación de un usuario de un bien nacional de uso público (calidad que, por lo demás, tienen las autopistas concesionadas). La autora reconoce, sin embargo, que "la tarifa constituye la contraprestación del usuario por el uso del servicio"²³.

Es en esta dualidad regulatoria donde encuentra origen el problema que ocupa este trabajo: por un lado, la LCOP somete el *cobro de las tarifas* al derecho público (excluyendo, con ello, el surgimiento de una relación contractual directa entre el concesionario y el usuario de la obra) y, por otro, la difundida (e intuitiva) consideración de que el pago del peaje corresponde a la contraprestación de un servicio que recibe el usuario, en su calidad de *cliente* del concesionario. Por ello, para esclarecer esta dualidad regulatoria del cobro que realiza el concesionario de obras públicas, resulta necesario dejar de considerar el peaje como precio de un servicio y, con ello, al usuario como cliente del concesionario. Para ello es posible recurrir, no solo a la jurisprudencia que se reseñará en este apartado si no que, también, al análisis de otros arreglos contractuales en materia de concesiones, que dejan en evidencia que el servicio que el concesionario presta no es retribuido por el usuario por medio de sus pagos, sino que por el Estado.

El argumento central de la tesis que considera la responsabilidad del concesionario como una responsabilidad aquiliana se centra en el contenido de las obligaciones que adquiere el concesionario con el Estado y el estándar de cumplimiento de dichas obligaciones que la LCOP. A este respecto, como veremos a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema interpreta el artículo 23 LCOP sosteniendo que impone al concesionario el deber de prestar el servicio concesionado en condiciones de *normalidad*²⁴. Si, como consecuencia del incumplimiento de dicho estándar se producen daños a ter-

²³ RUFÍAN 2018, 157.

²⁴ "El estándar que debe observar el concesionario durante la fase de explotación de la obra es el de normalidad": Corte Suprema Rol N° 6229-2010, cons. 17°, citando a BARROS 2005.

ceros, quien debe responder es el concesionario, de acuerdo con el artículo 35 LCOP. De este modo, cabe concluir, que respecto del usuario, la insatisfacción del estándar de normalidad es una situación de naturaleza extracontractual cuyas consecuencias son puestas *ex lege* a cargo del concesionario.

De esta manera, la jurisprudencia consolidada en la Corte Suprema considera que el incumplimiento de dicho estándar en la prestación del servicio por parte del concesionario corresponde a una infracción del contrato de concesión, una de cuyas consecuencias consiste en el deber de indemnizar a los terceros que sufran daños derivados de dicha ausencia de normalidad. En este sentido, por ejemplo, en sentencia Rol N° 216-2011, la Corte Suprema estableció que:

Vigésimo quinto: Que con arreglo a lo que se ha razonado a lo largo de este fallo, es inequívoco concluir que en la sociedad demandada recaía el deber de seguridad en la explotación y conservación de las rutas concesionadas traducido en la especie en la implementación de una señalización adecuada consideradas las particulares características del tramo en que ocurrió el accidente y su entorno, conclusión a la que en definitiva llega el fallo impugnado, obligación que como se ha visto nace del artículo 23 del D.F.L. 160 en correspondencia con las normas reglamentarias relacionadas, sin que sea óbice para ello la circunstancia que específicamente no se haya considerado en las bases técnicas una señalización en el lugar referido, porque como se ha advertido la obligación legal es permanente y no dice relación con una medida específica de seguridad.

Sin perjuicio de cuanto señalado hasta ahora, cabe considerar un argumento adicional para estimar que la responsabilidad del concesionario es de tipo extracontractual. Dicho argumento dice relación con la naturaleza de la tarifa que debe pagar el usuario. Este razonamiento –que ha sido poco explorado por la Corte Suprema– fue extensamente analizado por un voto disidente de una sentencia de la Corte de Santiago conforme al cual el peaje pagado por el uso de autopistas concesionadas debe ser calificado de tributo.

En la referida sentencia²⁵, el voto disidente escrito por el abogado integrante señor Eduardo Morales sostiene que:

En las concesiones, el Estado contrata con un particular la construcción de una obra pública, la que paga con el producido de los peajes. En las concesiones de obra pública hay claramente dos etapas: la de construcción y la de reparación y mantención (explotación), pero en ambas, los servicios se prestan y pagan directamente por el Estado, sea con fondos propios o, como ocurre en la segunda etapa, con la recaudación de los peajes [...].

²⁵ Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 663-2015.

Así las cosas es que la sociedad denunciada no puede ser calificada como “proveedor”, ya que no presta ningún servicio a los contribuyentes, sino que al Estado concedente, y los usuarios tampoco pagan un “precio o tarifa”, sino que pagan peajes, pagan un tributo al único ente que puede establecerlos y cobrarlos, esto es, al Estado²⁶.

El disidente concluye que la relación entre el usuario y el concesionario de una obra concesionada no se debe regir por el derecho del consumo, por no existir ni un proveedor ni un consumidor y que, no habiendo una relación contractual, la responsabilidad por los daños sufridos por este es de naturaleza extracontractual y la competencia para conocer de la relativa causa, del juez ordinario.

Aun sin llegar a calificar el peaje como un tributo, la Corte de Apelaciones de Valdivia había sostenido una conclusión similar ya en 2013. En sentencia Rol N° 110-2013, afirmó que:

Considerando 5°: Entonces, puede concluirse que la tarifa que cobra la sociedad concesionaria, se encuentra regulado (sic) en términos y condiciones que no puede fijarlos ni alterarlos en forma unilateral, por encontrarse sometido a las bases de la licitación, según las cuales se adjudicó la concesión.

Considerando 6°: En consecuencia, la obligación que impone el artículo 12 de la Ley de Protección del Consumidor al proveedor de un servicio, no resulta aplicable a la sociedad concesionaria de una ruta, como lo es la demandada de autos, al no tener la tarifa un origen convencional que haya sido acordado entre éstos

Considerando 7°: El peaje o tarifa que paga el usuario de la carretera no transforma en un contrato civil el servicio prestado por la empresa y consecuentemente, si la empresa no cumple con la obligación contenida en el contrato de concesión y provoca perjuicios a terceros, estamos frente a un (sic) responsabilidad de carácter extracontractual, a la que resulta aplicable las normas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

También la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha seguido este camino argumentativo. En efecto, en sentencia Rol N° 229-2015, este Tribunal calificó al peaje como un gravamen sosteniendo que:

A mayor abundamiento, así también lo ha entendido mayoritariamente la doctrina al calificar el régimen de responsabilidad civil aplicable en la especie, como extracontractual, teniendo para ello presente entre otros argumentos: a) que la carretera concesionada es un bien nacional de uso público, cuyo ejercicio puede limitarse al cumplimiento de ciertas exigencias o condiciones, como lo es el pago de peaje o tarifa, el que no tiene el carácter de una prestación propia de los contratos onerosos y b)

²⁶ En contra, RUFÍAN 2018, 181, sostiene que los ingresos derivados de la explotación de la concesión son de naturaleza privada y no pueden, por ende, considerarse tributos.

que dicho peaje o tarifa tampoco puede asimilarse a la contraprestación propia de los contratos onerosos conmutativos, en tanto no existe equivalencia en las prestaciones, si se compara el servicio que la concesionaria pone a disposición del usuario y la tarifa que éste paga para transitar por la ruta, estimándose, en consecuencia, el peaje o tarifa como un gravamen impuesto al usuario de un bien nacional de uso público cuya naturaleza no se ve alterada por ser recaudado por la Concesionaria.

Estas sentencias de agosto y octubre de 2015 recogen la doctrina que venía asentando la Corte Suprema ya desde enero de 2013 y que se consolidó con la sentencia de 23 de junio de 2015, Rol N° 27950-2014. En este fallo, la Corte Suprema, efectúa un extenso análisis de la doctrina que afirma la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del concesionario de rutas concesionadas y afirma que:

Octavo: [...] Es necesario reiterar lo que ha señalado esta Corte respecto a la naturaleza de la responsabilidad que podría afectar a una concesionaria ante un accidente ocurrido en una ruta concesionada. Tal como se sostuvo en los autos rol N° 6918-2008, el estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad que atañe a una sociedad concesionaria por los daños ocurridos en una ruta o carretera concesionada se rige por su ley propia y por las de orden extracontractual o de culpa aquiliana.

Para alcanzar esta conclusión, el fallo sostiene:

que quienes siguen la tesis extracontractual [...] parten de la premisa de que el peaje es una contribución de naturaleza tributaria y no un precio a cambio del cual el concesionario pone a disposición de aquél las vías en perfecto estado de seguridad. De esto concluyen que no habiendo relación contractual entre usuario y concesionario, la responsabilidad derivada de los daños causados a los primeros por el mal estado del camino es de carácter extracontractual.

Esta posición jurisprudencial se encuentra suficientemente reflejada también en los más recientes fallos de la Corte Suprema. De esta manera, en la sentencia de 11 de diciembre de 2019, Rol N° 16.684-2018 se sostuvo:

Segundo: Que es menester recordar que la responsabilidad del concesionario, en el caso de caminos y autopistas, se funda en la calificación que debe hacerse respecto del estándar de cuidado y, en este sentido, el artículo 23 de la Ley de Concesiones impone el deber de asegurar la continuidad de la prestación del servicio y a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras. Por otro lado, en términos más amplios, el artículo 62 del Reglamento de Concesiones dispone que: La sociedad concesionaria deber adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deber tomar todas las

precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra.

La jurisprudencia también se ha hecho cargo de descartar el argumento relacionado con la ausencia de un procedimiento especial de reclamación de daños en la LCOP, circunstancia que haría regir la excepción prevista en el art. 2° bis LPC.

A este respecto, la sentencia de la Corte de Santiago de 30 de junio de 2017, Rol N° 8-2017, expresó que:

Sobre el particular se tiene en consideración que la Ley de Concesiones en su artículo 35 regula la materia que sirve de fundamento a la querrela infraccional y demanda civil, toda vez que señala que el concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la explotación de la obra se ocasionaren a terceros. Es, precisamente, lo que acontece en este caso, en que un tercero, pues el querellante lo es si se considera que el texto legal regula las relaciones entre el otorgante de la concesión y la concesionaria, reclama la indemnización de los perjuicios sufridos con motivo del hecho que denuncia. Como se trata de una ley especial, queda comprendida entre las excepciones a que se refiere el artículo 2° bis antes mencionado, por lo que el conflicto planteado no puede ser resuelto al amparo de la normativa de la Ley 19.496, debiendo serlo por la vía ordinaria ante el juez naturalmente competente, que lo es el juez de letras en lo civil [...].

Me parece que el cuadro jurisprudencial está suficientemente delineado y resulta posible sostener que la jurisprudencia de la Corte Suprema, siguiendo alguna doctrina de derecho civil²⁷, se inclina por descartar la existencia de una relación contractual entre los concesionarios de autopistas y sus usuarios. De esto se sigue que dichos sujetos no adquieren la calidad de proveedor y consumidor motivo por el cual la LPC no resulta aplicable a los litigios en que se intente determinar la responsabilidad del concesionario.

Por el contrario, esta línea jurisprudencial sostiene que los usuarios de las obras públicas concesionadas tienen, a los efectos del art. 35 LCOP, la calidad de terceros que, si sufren daños, deben ser indemnizados por el concesionario. Dicha indemnización se deberá si la empresa concesionaria no satisface el estándar de normalidad que le impone el art. 23 LCOP, tratándose por ende de una responsabilidad extracontractual por infracción del estándar indicado. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha acogido plenamente la tesis formulada por Díez²⁸, conforme con la cual dicho estándar de normalidad exige una especial diligencia al concesionario.

²⁷ Véase RABAT 2007 y ZELAYA 2011.

²⁸ DIEZ 2012.

Para terminar con esta exposición, cabe señalar que la tesis de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del concesionario ha sido acogida, también, por diversas Cortes de Apelaciones²⁹.

No obstante la claridad de la posición jurisprudencial resumida en este apartado, ella puede ser perfeccionada toda vez no se hace cargo más que de la responsabilidad del concesionario de autopistas. Según mi opinión, existen razones relacionadas con la naturaleza del contrato de concesión de obras públicas y con la forma en la cual dicho contrato altera la repartición de los riesgos entre el Estado y el concesionario para estimar, con mejores fundamentos, que la responsabilidad del concesionario de obras públicas en general –y no solo la del concesionario de autopistas– es de naturaleza extracontractual.

Dichas razones serán expuestas a continuación.

II. Argumentos adicionales que refuerzan que la responsabilidad del concesionario de obras públicas frente a terceros durante el período de explotación es de naturaleza extracontractual

Ya se ha afirmado que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como de algunas Cortes de Apelaciones, sostienen que la responsabilidad del concesionario de autopistas por los daños sufridos por los usuarios de las mismas es de naturaleza extracontractual. Para alcanzar esta conclusión, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han valido de un argumento que, si bien es correcto, resulta insuficiente: el pago que realiza el usuario de una autopista no corresponde al precio de un contrato de servicios, descartándose con ello la existencia de este tipo de relación jurídica (y, con ello y de paso, la aplicación de la LPC).

Sin embargo, me parece que esta respuesta no considera, al menos, tres situaciones: primero, aquella de los terceros no usuarios de las carreteras concesionadas que sufren accidentes en ellas. Segundo, la situación de los usuarios de infraestructuras concesionadas en las cuales no se debe realizar algún pago. Tercero, la posición del Estado como titular del servicio público prestado por el concesionario. Este último punto será tratado en el apartado siguiente.

Si se piensa bien, no debiera existir razón alguna para distinguir los efectos de un eventual incumplimiento del concesionario del estándar de normalidad en sus obligaciones de servicio (recordemos: de servicio *público*) según si el usuario de la infraestructura paga, o no, por su uso. ¿Por qué un conductor que hace uso de la autopista se debe encontrar en una condición jurídica distinta de la de un peatón que hace uso de una pasarela sobre la

²⁹ Por mencionar solo las sentencias pronunciadas con posterioridad al año 2012: Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 663-2015, Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 4968-2016, Corte de Apelaciones Talca Rol N° 272-2015, Corte de Apelaciones Valdivia Rol N° 110-2013; Corte de Apelaciones Valdivia Rol N° 179-2015, Corte de Apelaciones Valparaíso Rol N° 229-2015.

misma autopista? ¿Por qué un usuario de un hospital público concesionado debiera estar sometido a una prescripción extintiva más breve que la de un pasajero de un aeropuerto? ¿Por qué se debiera presumir la culpa en el incumplimiento para unos (los conductores que pagan por el uso de las autopistas o los pasajeros de un aeropuerto) y no para los otros usuarios en obras públicas concesionadas (el peatón que cruza la pasarela o el familiar del pasajero de un aeropuerto que ingresa al recinto para despedirlo)? Esta última situación es particularmente gráfica: si un pasajero que ingresa al aeropuerto sufre un accidente que afecta también a su acompañante, ambos se encontrarían sometidos a regímenes de responsabilidad distintos: el pasajero podría invocar la LPC y su acompañante debería recurrir al régimen común de responsabilidad aquiliana. Estas disparidades de tratamiento dan buena cuenta de la falta de coherencia de la doctrina que considera esta responsabilidad como de naturaleza contractual.

Creo que todos estos problemas pueden ser superados considerando que la solución planteada por la Corte Suprema no se hace cargo de la responsabilidad del concesionario, en general, sino que solo sirve a explicar la responsabilidad del concesionario de autopistas respecto de los conductores. Y esa explicación atiende a un dato insuficiente, esto es, como ya se dijo, a la naturaleza jurídica de la tarifa de circulación. Solo si se amplía la mirada a todas las situaciones que pueden presentarse en los distintos tipos de concesiones de obras públicas se puede advertir que el único régimen que trata en modo coherente la responsabilidad de los concesionarios es el régimen de responsabilidad aquiliana: solo así se puede establecer un estatuto jurídico único para todas las hipótesis antes mencionadas que otorgue el mismo tratamiento jurídico a personas que detentan igual calidad, esto es, usuarios de obras públicas concesionadas.

La jurisprudencia ha avanzado en este camino, aunque sin llegar a elaborar una solución de aplicación general a todos los tipos de concesiones. De este modo ha tenido oportunidad de resolver casos en que el accidentado era un peatón que hacía uso de una calle de servicio.

La Corte de Apelaciones de Talca, por medio de sentencia del 22 de septiembre de 2010, Rol N° 820-2008³⁰, estableció la responsabilidad extracontractual de los demandados (la concesionaria y el fisco) como consecuencia de la muerte de una menor de edad atropellada mientras atravesaba una calle de servicio emplazada frente a su escuela. La calle de servicio no contaba con las medidas de seguridad adecuadas para proteger eficazmente la vida de sus principales usuarios, esto es, los menores que asistían a dicha escuela.

En esta causa, no se hace cuestión de la naturaleza de la responsabilidad, toda vez que la víctima era un peatón que no había (y no debía haber)

³⁰ Comentada por ALARCÓN 2011, aunque con conclusiones sobre la responsabilidad del Estado seriamente debatibles.

pagado un peaje. Se aplicó un régimen distinto al que podría haberse aplicado en el caso que un conductor sufriera un accidente en el mismo tramo vial.

Por ello cabe preguntarse: ¿acaso el pago del peaje es suficiente justificación para colocar al conductor de un vehículo motorizado en una mejor situación jurídica para demandar la reparación de los daños que sufra como consecuencia de un accidente conforme al estatuto de la responsabilidad contractual?³¹. Esta pregunta debe tener, naturalmente, una respuesta negativa: el pago del peaje no transforma la relación entre el concesionario y el usuario-conductor en un contrato.

Igual situación la hallamos en aquellas infraestructuras concesionadas para cuya utilización el usuario no debe realizar pago alguno. Como ya se dijo, el artículo 11 LCOP permite a la Administración conceder la explotación de infraestructuras cuya construcción o rehabilitación será solventada por el mismo Estado por medio de subsidios, esto es, por medio de pagos periódicos destinados a remunerar la construcción del inmueble y los servicios que el concesionario prestará directamente a la Administración durante el período de explotación. Un ejemplo de este tipo de obras lo encontramos en las cárceles y hospitales públicos concesionados³².

Por ello, si un interno de un recinto penitenciario o un paciente de un hospital público concesionado sufre un infortunio (piénsese, por ejemplo, en una intoxicación como consecuencia del mal manejo del servicio de alimentación del recinto por parte del concesionario), no cabe duda alguna que se estará ante un caso de responsabilidad extracontractual, ya que ni el recluso, ni el paciente han debido efectuar pago alguno al concesionario por la utilización de la infraestructura. ¿Se justificaría, entonces, someter a estas víctimas de un daño a un régimen jurídico distinto de aquél que resultaría aplicable al conductor de un vehículo que sufre un accidente en una autopista concesionada por el simple hecho que este ha pagado un peaje? De nuevo, la respuesta solo puede ser negativa, ya que importaría la aplicación de un régimen jurídico desigual y menos ventajoso a unos usuarios respecto de otros, pese a que ambos tienen idéntica calidad como usuarios de obras concesionadas.

Extremando el ejemplo, cabe recordar que en varios países del mundo, algunas obras viales (autopistas, puentes o túneles) son remunerados por el Estado sin recaudación de peajes. Se trata de los denominados 'peajes en la sombra' (*shadow tolls*), por medio de los cuales el Estado quien paga directamente y con fondos propios el uso que los conductores hacen de infraestructuras concesionadas³³. Cabe, acá, nuevamente, repetir la pregunta: ¿en una

³¹ Las diferencias de régimen de los dos ámbitos de responsabilidad son de sobra conocidas. Por nombrar dos disparidades favorables a quien invoca el estatuto de la responsabilidad contractual se pueden mencionar la innecesaria prueba de la culpa y un plazo de prescripción extintiva más extenso.

³² Sobre los subsidios en las concesiones de obras públicas, FLORES 2011.

³³ Sobre la técnica, puede consultarse MAIRAL 2013 y YESCOMBE 2007.

autopista concesionada el solo pago del peaje hace que el conductor que sufre un accidente se apropie de un estatuto jurídico distinto?

Estas consideraciones sirven para reforzar las conclusiones ya alcanzadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema en los fallos citados en este trabajo: la responsabilidad del concesionario de obras públicas es de naturaleza extracontractual y solo este régimen permite otorgar un tratamiento unitario a todas las hipótesis que pueden presentarse en los distintos tipos de concesiones vigentes en nuestro país.

La razón de cuanto señalado se encuentra en que el contrato de concesión importa, primordialmente, y como ya se dijo, una delegación a una empresa privada de la prestación de un servicio público. La remuneración del contratista-concesionario proviene siempre del Estado, sea que él lo pague directamente (a través de los subsidios), sea que autorice al concesionario a la recolección de pagos por uso, en forma de peajes o derechos. Por eso, en este punto, es relevante cuanto afirman aquellas sentencias que reconocen en el peaje una naturaleza no contractual respecto del usuario. Al considerar la tarifa como un pago realizado al Estado, pero recaudado por el concesionario, se disipa la sombra contractual que oscurece el régimen de responsabilidad por daños sufridos por los terceros. Y no son solo razones dogmáticas las que empujan a concluir que la tarifa recaudada por el concesionario es un pago que se realiza al Estado, sino que las mismas bases de licitación la consideran de tal forma. Dicho de otro modo, el contrato de concesión se remunera, precisamente, por medio de la autorización a cobrar por el uso de la infraestructura; dicho derecho de cobro es otorgado por el Estado al concesionario y corresponde a la prestación del Estado a favor de este y no es el antecedente de una relación de consumo entre el concesionario y el usuario.

En conclusión, el peaje o derecho pagado por el usuario de una obra concesionada no es sino la forma en que el Estado remunera al concesionario; remuneración que se produce a través de la recaudación de este gravamen de parte del público usuario y constituye un derecho emanado del contrato de concesión de obra pública a favor del concesionario y no de un inexistente contrato privado entre concesionario y usuarios.

III. La posición del Estado: ¿cuándo hay falta de servicio?

Como ya se indicó, existe una tercera cuestión que debe ser abordada y es aquella de la posición del Estado frente a los daños sufridos por los usuarios durante la etapa de explotación de una concesión.

Si bien la cuestión se encuentra resuelta a nivel legislativo en el art. 35 LCOP, la jurisprudencia ha adoptado soluciones novedosas, que conviene recordar.

La norma indicada establece que es el concesionario quien debe responder de los daños ocasionados durante la explotación de la concesión. Como bien indica Valdivia, "el tipo de negocio que representa la concesión

lleva consigo un grado importante de autonomía de gestión para el concesionario, lo que se traduce en una dirección y supervisión atenuadas por parte de la autoridad concedente³⁴. De ello se sigue una traslación de riesgos (en este caso, de riesgos de responsabilidad) desde el titular teórico del servicio público al gestor de la actividad, esto es, al concesionario³⁵.

La solución que acoge nuestra legislación se encuentra en línea con algunas adoptadas en el extranjero. Así, por ejemplo, en el derecho español, el art. 258, letra e), de la Ley 9/2017, sobre Contratos del Sector Público, prevé como obligación del concesionario la de "indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación". Esta norma, por su parte, tiene su antecedente en el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa (Ley 16/1954) que dispone que "en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste"³⁶. Si se advierte bien, la norma tiene una evidente semejanza con nuestro artículo 35 LCOP.

La jurisprudencia ha aplicado la norma, generalmente, en modo correcto. Así, por ejemplo, la Corte Suprema en sentencia Rol N° 216-2011, acogió un recurso de casación en el fondo dirigido por el fisco contra una sentencia que había condenado, en sede de responsabilidad extracontractual, tanto a la concesionaria como al mismo fisco por un accidente ocurrido en la Autopista del Sol (Santiago-San Antonio), consistente en la colisión del vehículo conducido por el actor contra un caballo que se encontraba presente en el calzada.

En la sentencia, la Corte Suprema estimó infringido el artículo 35 LCOP y sostuvo:

Considerando 14: Que son las disposiciones indicadas las que regula (sic) en este caso el sistema de responsabilidad y a la luz de ellas es ineludible concluir que el Fisco de Chile no incurrió en responsabilidad por falta de servicio, puesto que tratándose de los daños ocasionados a terceros con motivo de la explotación de la obra concesionada solo existe responsabilidad estatal cuando los daños sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato. Así, en el régimen de concesiones de obras públicas en Chile existe una norma explícita que consiste en que cuando el Estado ha delegado la provisión de servicio de una obra pública fiscal en cuanto a su explotación, ejecución, reparación o mantención en el sector privado, su responsabilidad indemnizatoria solo surge cuando con motivo de su labor de fiscalización impone una medida que es la

³⁴ VALDIVIA 2019, 20. Agradezco al autor por permitirme citar un trabajo aun no publicado.

³⁵ *Ibid.*, 19. Más en general, sobre los riesgos de la concesión Loo 2014, cap. II; Loo 2016, *passim*.

³⁶ Sobre el régimen de responsabilidad de los concesionarios en el derecho español, antes de la Ley 9/2017, puede consultarse BOCANEGRA 1994.

causante del daño, en cuyo caso el servicio prestado es deficiente. Debe tenerse presente que el propósito de la Ley de Concesiones de Obras Públicas radica en que el sujeto responsable sea el concesionario. De igual modo surge la responsabilidad del Fisco, por la posible omisión en que pueda incurrir la autoridad competente en la fiscalización y supervigilancia en la prestación del servicio por la concesionaria.

De lo anterior se sigue que:

Considerando 15º: Los jueces del fondo cometieron error de derecho por errónea interpretación del artículo 35 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas por cuanto obviaron que el daño ocurrido a terceros durante la explotación de la obra pública fiscal concesionada no derivó de una medida impuesta por el Ministerio de Obras Públicas, como tampoco de la omisión en la supervigilancia del servicio prestado por la concesionaria, puesto que se dejó establecido como hecho de la causa la presencia periódica del inspector fiscal en la época del accidente. A lo anterior se suma el antecedente fáctico que los cercos de la autopista se encontraban en buen estado, sin advertir deficiencias en los mismos.

Por tal razón, se anuló la sentencia y, en aquella de reemplazo, se exoneró al fisco del pago de indemnización, condenándose únicamente a la concesionaria.

La Corte Suprema ha realizado un singular esfuerzo sistemático en esta materia al decidir una causa derivada de un accidente ocurrido en la Ruta 5 Sur. En la sentencia de 5 de noviembre de 2013, Rol N° 4292-2012, se falló una controversia en la que el único demandado era el Fisco, pues el accidente ocurrió en una parte de la ruta (el puente sobre el río Maipo) que, de acuerdo con las condiciones del contrato de concesión, solo debía ser mantenida en el estado en que se encontraba (y no reconstruida o rehabilitada) por la concesionaria. La Corte determinó que el accidente se había producido como consecuencia de las deficiencias preexistentes en la vialidad del puente.

La sentencia estableció que:

En esa línea argumental, la responsabilidad del Fisco de Chile puede apreciarse en al menos tres hipótesis:

A.- Por excepción, cuando con motivo de la ejecución o explotación de la obra fiscal concesionada se ocasionen daños a terceros por medidas exclusivamente impuestas por el Ministerio de Obras Públicas [...].

B.- El Fisco responde por la ausencia de control y fiscalización de los deberes del concesionario [...].

C.- Una tercera hipótesis surge dado que el Puente Maipo es una obra preexistente y que la Sociedad Concesionaria por bases de licitación solo tenía respecto de éste un deber de mantenimiento [...].

En otras palabras, el Fisco es responsable de los daños causados por deficiencias viales que derivan de la omisión de esos deberes.

De esta peculiar situación del puente (que no era una obra concesionada, sino que había sido 'incorporada' a la concesión en el estado en que se encontraba al momento de la adjudicación, produciendo un hiato en la continuidad de la autopista concesionada) se sigue una conclusión razonable: la inaplicación del artículo 35 LCOP, en el sentido que el concesionario no es responsable por los accidentes ocurridos en ese sector de la obra, pues no había debido intervenirla.

Entonces, cabe concluir que, en la medida que los daños se originen en la actuación (o falta de ella) del concesionario, la responsabilidad recae exclusivamente en él³⁷. Solo de manera excepcional y cuando el hecho sea imputable al Estado, este deberá responder³⁸. Esta conclusión es plenamente consistente con el régimen de responsabilidad de la Administración vigente en nuestro ordenamiento, conforme al cual el Estado debe responder de los daños causados por la Administración cuando ella haya actuado con falta de servicio. Por tal motivo, si la actividad específica de explotar una obra pública se encuentra delegada en el concesionario la ley pone a cargo suyo las consecuencias perjudiciales de tal explotación, a *menos* que dichas consecuencias perjudiciales emanen de una decisión o actuación (erradas) de la autoridad. Ante esta hipótesis, se interrumpe el régimen de responsabilidad del concesionario y se retorna a la regla general, esto es, que la Administración debe responder de sus actuaciones erradas, culposas o tardías.

Las reglas de la LCOP residencian en el concesionario la responsabilidad aquiliana derivada de su conducta y ello se verifica como consecuencia del desplazamiento, de la delegación de la tarea pública a dicho concesionario. Esto, según la doctrina, es consistente con el régimen general de las concesiones conforme con el cual el Estado delega la ejecución de un servicio público en un sujeto privado³⁹. Sin embargo, de esto no puede seguirse –como indica el mismo autor⁴⁰– que el Estado se sitúe como garante de la responsabilidad del concesionario, porque ello importaría una alteración del sistema de responsabilidad *personal* vigente en nuestro derecho y que ha sido bien delineado por la jurisprudencia citada en este apartado. Dicho sistema importa que el Fisco y el concesionario deben responder de sus propias conductas: este, cuando infringe el estándar de cuidado impuesto por la LCOP (dicho estándar es, recordemos, la *normalidad* de la prestación del servicio público correspondiente) y, aquél, cuando incurre en falta de servicio, que no es otra cosa que el funcionamiento *anormal* de la Administración Pública.

³⁷ Corte Suprema, Rol N° 216-2011.

³⁸ Corte Suprema, Rol N° 4292-2012.

³⁹ BARROS 2005, 530.

⁴⁰ *Ibid.*, 531.

Esta última consideración, si bien es cierto, permite acercar los regímenes de responsabilidad aplicables al concesionario y al concedente (ambos responden por sus conductas *anormales*) no puede llevar, sin embargo, a sostener que ambos se encuentren sometidos a un régimen de responsabilidad idénticos, toda vez que la normalidad o anormalidad en el funcionamiento de los servicios se deberá juzgar a la luz de las exigencias propias de cada actividad que, en el caso del concesionario y el concedente, atendida la distinta naturaleza de sus misiones, son distintas.

Conclusiones

De cuanto referido en esta investigación se pueden alcanzar las siguientes conclusiones.

I. El contrato de concesión de obras públicas permite que el Estado delegue la prestación de un servicio público en un contratista que es remunerado durante la etapa de explotación de la concesión. Esta remuneración puede provenir tanto de la recolección de pagos realizados por los usuarios de la obra (peajes, derechos, tarifas), o bien, directamente del Estado a través de los subsidios.

II. El hecho que el usuario de una obra concesionada deba pagar una tarifa ha provocado que, por un período, la jurisprudencia estimara que los accidentes ocurridos en la obra generaban responsabilidad contractual, toda vez que el pago de dicho peaje fue interpretado como equivalente al pago del precio de un contrato de servicios.

III. Tal posición jurisprudencial fue corregida por la Corte Suprema la cual, acogiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, considera que el pago de la tarifa por parte del usuario no equivale a la conclusión de un contrato. Con ello, ha excluido la aplicación de la Ley del Consumidor a los casos de responsabilidad por accidentes viales en rutas concesionadas, haciendo aplicable el régimen de responsabilidad aquiliana de derecho común.

IV. Sin embargo, resulta necesario establecer un régimen general de la responsabilidad del concesionario por los daños sufridos por terceros durante el período de explotación de la concesión que resulte aplicable a todas las obras concesionadas, independiente de su naturaleza. Tal régimen es el de la responsabilidad extracontractual y resultará aplicable a todos los contratos de concesión, cualquiera sea la forma en que se remuneren, con el fin de evitar diferencias de trato jurídico respecto de las víctimas que, en definitiva, tienen siempre la misma calidad: usuarios de una obra concesionada.

V. Finalmente, el Estado puede resultar responsable de los daños sufridos por los usuarios de un servicio concesionado solo cuando ellos se deriven directamente de la conducta de la Administración en las restringidas hipótesis establecidas tanto por el artículo 35 LCOP como por la jurisprudencia de la Corte Suprema esto es, cuando se posible imputar a la Administración falta de servicio.

Bibliografía citada

- ALARCÓN JAÑA, P. (2011). Solidaridad en el pago de indemnización de perjuicios por responsabilidad del Estado y de sociedad concesionaria en accidente en vía concesionada (autopista). En J. Arancibia Mattar, J. I. Martínez Estay, y A. Romero Seguel (Eds.), *Litigación Pública* (pp. 323-342). Thomson Reuters.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2019a). La concesión de bienes nacionales: concepto, objeto, fines y consecuencias prácticas. En J. Arancibia Mattar y P. Ponce Correa (Eds.), *El dominio público. Actas de las XV Jornadas de Derecho Administrativo (2018)* (pp. 327-375). Tirant lo Blanch.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2019b). Naturaleza y justicia de los contratos administrativos. *Revista de derecho administrativo económico* (30), 27-53.
- BARROS BOURIE, E. (2005). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, R. (2019). *El concepto de servicio público como fundamento para la regulación de actividades económicas* [Tesis doctoral. Facultad de derecho PUCV, Valparaíso].
- BOCANEGRA SIERRA, R. (1994). La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros. *Documentación administrativa* (237-238), 205-238.
- DIEZ SCHWERTER, J. L. (2007). Reparación y prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: panorama normativo y jurisprudencial. *Revista de derecho Universidad de Concepción*, 221-222, 71-98.
- DIEZ SCHWERTER, J. L. (2012). La responsabilidad civil del concesionario de obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el derecho chileno. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38, 121-156.
- FLORES RIVAS, J. C. (2011). Concepto y naturaleza de la subvención en el derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37, 329-367.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2014). *I principi di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico-privato contrattuale*. Aracne.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2016). La distribución de los riesgos en el contrato de concesión de obra pública. En J. Bermúdez Soto (Ed.), *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de derecho administrativo (2014)* (pp. 191-206). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2018). Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 50, 129-155.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2019a). El desafío de las concesiones de obra pública: ¿qué (y qué no) concesionar? *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(2), 185-206.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2019b). Las concesiones de obra pública: ¿qué son y por qué se utilizan en Chile? *Revista Derecho del Estado*, 44, 327-359.
- MAIRAL, H. A. (2013). Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos. *Revista de derecho administrativo Pontificia Universidad Católica del Perú* (13), 201-222.
- MORAGA KLENNER, C. (2019). *Contratación administrativa* (2a ed.). LegalPublishing.
- RABAT CELIS, F. (2007). Responsabilidad civil de las sociedades concesionarias de obras públicas fiscales respecto del usuario de las mismas. En *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre* (pp. 279-298). Universidad del Desarrollo.
- RUFÍAN LIZANA, D. (2018). *Manual de concesiones de obras públicas* (2ª ed.). Andros Impresores.
- VALDIVIA OLIVARES, J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VALDIVIA OLIVARES, J. M. (2019). Responsabilidad del Estado por el hecho de sus contratantes en el derecho chileno (Inédito).
- VIÑUELA HOJAS, M. (2001). La responsabilidad por falta de servicio en el contexto del régimen de concesiones viales vigente en Chile. *Ius publicum*, 7, 33-55.

- VIÑUELA HOJAS, M. (2003). La concesión de obra pública en Chile: ¿Privatización de la responsabilidad del Estado en la empresa concesionaria? En J. Baraona González (Ed.), *Cuadernos de extensión jurídica Universidad de Los Andes*, 7, 109-135. Universidad de Los Andes.
- YESCOMBE, E. R. (2007). *Public-private partnerships: principles of policy and finance*. Butterworth - Heinemann.
- ZELAYA ETCHEGARAY, P. (8 de noviembre de 2011). La responsabilidad extracontractual de las autopistas concesionadas frente a los daños de los usuarios. *El Mercurio Legal*.

Normativa citada

- Decreto Supremo N° 900 [Ministerio de Obras Públicas]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de concesiones de obras públicas (LCOP). 31 de octubre de 1996.
- Decreto Supremo N° 956 [Ministerio de Obras Públicas]. Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991. 6 de octubre de 1997.
- Ley N° 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los Derechos de los Consumidores. 7 de marzo de 1997. D.O. N° 35.710.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Primera Sala. Rol N° 6370-2009, 7 de agosto de 2011.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 6229-2010, 4 de diciembre de 2012.
- Corte Suprema. Primera Sala. Rol N° 2911-2011, 16 de mayo de 2012.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 216-2011, 30 de enero de 2013.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 4292-2012, 5 de noviembre de 2013.
- Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol N° 5678-2012, 29 de abril de 2013.
- Corte Suprema. Primera Sala. Rol N° 27950-2014, 23 de junio de 2015.
- Corte Suprema. Primera Sala. Rol N° 10.649-2015, 1 de junio de 2016.
- Corte Suprema. Primera Sala. Rol N° 16.684-2018, 11 de diciembre de 2019.
- Corte de Apelaciones de Talca. Sala N/A. Rol N° 820-2008, 22 de septiembre de 2010.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Tercera Sala. Rol 324-2012, 20 de agosto de 2012.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. Sexta Sala. Rol N° 679-2013, 4 de julio de 2013.
- Corte de Apelaciones de Valdivia. Segunda Sala. Rol N° 110-2013, 3 de septiembre de 2013.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Segunda Sala. Rol N° 424-2014, 2 de octubre de 2014.
- Corte de Apelaciones de La Serena. Sala extraordinaria. Rol N° 186-2013, 12 de noviembre de 2014.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Segunda Sala. Rol N° 104-2015, 4 de mayo de 2015.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Tercera Sala. Rol N° 229-2015, 24 de agosto de 2015.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Séptima Sala. Rol N° 663-2015, 28 de octubre de 2015.
- Corte de Apelaciones de Talca. Segunda Sala. Rol N° 272-2015, 6 de noviembre de 2015.
- Corte de Apelaciones de Valdivia. Primera Sala. Rol N° 179-2015, 19 de noviembre de 2015.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Primera Sala. Rol N° 641-2015, 19 de enero de 2016.
- Corte de Apelaciones de La Serena. Primera Sala. Rol N° 224-2015, 7 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Novena Sala. Rol N° 4968-2016, 14 de octubre de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Primera Sala. Rol N° 8-2017, 30 de junio de 2017.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. Sala N/A. Rol N° 970-2017, 17 de noviembre de 2017.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. Tercera Sala. Rol N° 8-2020, 7 de abril de 2020.

Los principios jurídicos y sus demonios. Un análisis de los documentos tipo en el mercado de compra pública colombiano

Norms and models of decisions. An analysis of the standard documents in the Colombian public purchase market

Fabio Enrique Pulido Ortiz¹
Antonio Alejandro Barreto Moreno²

Este artículo analiza el modelo de normas en el mercado de compra pública colombiano en el marco de la creación de los documentos tipo. La tesis del trabajo es que la implementación de los documentos tipo depende de un modelo de reglas sólido. Para ello, se explican las características de los modelos normas: reglas y principios. Luego se exponen las razones por las

This article analyzes the model of norms in the Colombian public purchase market. The thesis is that the implementation of standard documents depends on sound model of rules. To achieve this goal, the article studies the central characteristics of the models of norms: rules and principles. After that, the paper describes the main

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Director de la Maestría en Derecho Constitucional y Jefe del Departamento de Teoría Jurídica de la Universidad de La Sabana. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo y abogado de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co. Dirección Postal: Universidad de La Sabana: Campus del Puente del Común Km. 7 Autopista Norte de Bogotá La Sabana, Colombia.

² Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de La Sabana. Miembro del grupo de investigación Justicia, ámbito público y derechos humanos. Doctor en Derecho y Magister en Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: antonio.barreto@unisabana.edu.co. Dirección postal: Universidad de La Sabana: Campus del Puente del Común Km. 7 Autopista Norte de Bogotá, La Sabana, Colombia.

Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “la política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana. Los autores tuvieron una contribución exactamente igual en el diseño, formulación, revisión del artículo.

Artículo recibido el 28 de abril de 2021 y aceptado el 16 de junio de 2021.

cuales, en ciertos contextos, se justifica el modelo de reglas. Por último, se explica que, en el diseño institucional para la implementación de los documentos, subyace un sistema de instrucciones que está vinculado a la configuración del modelo de reglas.

Palabras clave: Modelo de reglas, modelo de instrucciones, regulación económica, compra pública, documentos tipo.

reasons to justify model of rules. In development of the above it is argued that the institutional design of standard documents is linked to implementation of model of rules.

Keywords: Model of norms, rules model, economic regulation, public procurement, standard documents.

Introducción

Los estados contemporáneos recurren a diferentes esquemas de contratación estatal para cumplir sus funciones. En este contexto la compra pública, como un modelo de inspiración OCDE, se ha instalado en Colombia como un sistema que resalta la existencia y características de un mercado con impacto en el PIB nacional, en la economía local, en las fuentes de empleo, en la inversión extranjera, entre otros. En ese mercado aparecen, además, fallas que deben ser corregidas. Las entidades estatales con capacidad para contratar son consumidores exclusivos de ciertos bienes y servicios que, se supone, son necesarios para la satisfacción de los fines del estado. En este escenario, es indispensable la participación activa del Estado en su rol de regulador. En el sistema colombiano esta función es encargada a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, justamente el órgano de regulación del mercado de compra pública.

De hecho, una de las actividades cada vez más relevantes del poder ejecutivo es la regulación de la compra pública. En esta tarea, se espera que exista un sistema de normas que sirvan de parámetro para la ejecución de los negocios jurídicos de las entidades estatales. Una de las finalidades de esas normas es, como se dijo, corregir las fallas de este mercado como la corrupción, la colusión, la asimetría de información, las externalidades, la falta de planeación, entre otras. Siguiendo los desarrollos de la teoría jurídica contemporánea, es posible señalar la existencia de dos modelos normativos para la regulación de conductas: el modelo de reglas y el modelo de principios.

En este orden de ideas, el objetivo de este trabajo es analizar los modelos de regulación de compra pública, tomando como caso de estudio la implementación de los documentos tipos en Colombia (Leyes N° 1882 de 2018 y 2022 de 2020). Se argumentará alrededor de los dos modelos mencionados y se sustentará la tesis de que la regulación de la compra pública se adecua al modelo de reglas para lograr sus propósitos fundamentales. Para demostrar esta tesis, en primer lugar, se explicaran las características de los dos modelos. Luego se expondrán las razones por las cuales consideramos que, en ciertos contextos, existen razones que justifican el modelo de reglas. En tercer lugar, se reflexionará en torno las dificultades del modelo de principios

en Colombia. El trabajo concluye, por último, que el modelo de instrucciones depende de una adecuada implementación del modelo de reglas.

I. Tipos de normas y modelos de decisión

Una de las tareas más importantes del poder ejecutivo actual es la regulación de mercados mediante la definición de *normas* que establecen los derechos y deberes de los diferentes actores que participan en ellos³. La actividad de regulación administrativa consiste, en definitiva, en el diseño del conjunto de normas que rigen las acciones y decisiones que se desarrollan en un mercado⁴. En el contexto específico del mercado de compra pública, la regulación implica la creación de un sistema de normas que se constituye como el marco normativo para la ejecución de los negocios jurídicos de las entidades estatales⁵.

La configuración e implementación de los sistemas normativos (incluidos, desde luego, los marcos normativos para la regulación administrativa) es diversa y puede perseguir distintos propósitos. Teniendo en cuenta esto último, la teoría jurídica contemporánea ha construido y discutido alrededor de dos modelos de sistemas normativos: el modelo de reglas y el modelo de principios⁶. El objetivo de las siguientes líneas es explicar las características centrales del concepto de normas para luego concretar la diferencia entre los modelos de reglas y principios.

a) Normas: reglas y principios

Existen tres sentidos principales de la noción "*norma jurídica*" a) disposición jurídica (o formulación normativa), b) norma jurídica en estricto sentido y c) enunciados normativos (o más precisamente enunciados sobre proposiciones normativas)⁷. Por disposición jurídica se entiende el conjunto de símbolos lingüísticos expresados por una autoridad jurídica para formular normas. La norma jurídica en estricto sentido se refiere al contenido normativo (relación deóntica) entre un "caso" (conjunto de propiedades que caracterizan un tipo de acción o acto) y una 'solución normativa' (prohibición, obligación, facultad, potestad) de acuerdo con ciertas condiciones de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que, existen normas que no se adecuan a esta definición: las normas conceptuales que se caracterizan por correlacionar

³ MONTERO PASCUAL, 2014, 27-33.

⁴ TWINING y MIERS 2010, 111.

⁵ BARRETO MORENO, 2020.

⁶ Los modelos, no sobra advertirlo, no son descripciones de los sistemas jurídicos reales. Son arquetipos conceptuales que sirven para explicar las características centrales de los sistemas jurídicos, o también como guía en la implementación las instituciones jurídicas. Para una presentación general de los modelos véase SCHAUER, 1991, 31-53, ALEXY, 2007, 115-138; MORESO y VILAJOSANA, 2012, 89-93. Un análisis de estos modelos en el razonamiento jurídico del *common law* véase ALEXANDER y SHERWIN, 2008, 31-63.

⁷ NAVARRO y RODRÍGUEZ 2014, 22-31.

“casos” (esto es estados de cosas) con otros casos (esto es con otros estados de cosas). Así, por ejemplo, la norma que define a los servicios público como aquella actividad diseñada para “satisfacer las necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado”⁸, relacionan dos estados de cosas: el de ser servicios públicos con el ser destinado a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua. Lo mismo habría que decir de la regla de reconocimiento y, en general, con las normas que reconocen criterios de validez jurídica. Estas normas definen una serie de condiciones o elementos para identificar las normas jurídicas válidas dentro del sistema (v. gr. la norma que establece que la costumbre es fuente del derecho a falta de ley).

Por último, los enunciados normativos son oraciones que formulan proposiciones acerca de la existencia (o inexistencia) de una norma jurídica, es decir, son enunciados descriptivos acerca de normas. Este es el caso de un profesor de derecho cuando explica a sus alumnos que “en Colombia está prohibida la pena de muerte” o que “en Colombia las entidades estatales tienen prohibido contratar con empleados públicos”. Sus enunciados no proponen formular prohibiciones de ese tipo de pena, sino describir las normas formuladas por una disposición constitucional de acuerdo con la cual la acción de penalizar con la vida o de contratar con empleados públicos está prohibida.

Son dos las diferencias más importantes entre las disposiciones jurídicas y los enunciados normativos. La primera es que las disposiciones formulan normas, esto es, por ejemplo, prohibiciones u obligaciones. En cambio, los enunciados normativos formulan proposiciones acerca de normas. La segunda es que las normas jurídicas (en tanto contenido de las disposiciones jurídicas) no tienen valor de verdad, es decir, no pueden ser verdaderas o falsas. Por el contrario, el significado de los enunciados normativos si pueden ser verdaderos o falsos. Imaginemos que el legislador colombiano decida prohibir que las entidades estatales celebren convenios interadministrativos con la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. Podemos decir que esa norma es justa o injusta, razonable o irrazonable, constitucional o inconstitucional pero no podemos sostener que es verdadera o falsa. Pero, si una vez promulgada, un profesor de derecho afirma que en Colombia está permitido que las entidades públicas contraten con Colombia Compra Eficiente podemos decir que su enunciado es falso.

Hasta este punto se ha empleado el término genérico “norma” para referirse a las unidades de los sistemas jurídicos que exigen acciones, posibilitan actos, consagran las condiciones de validez o definen conceptos jurídicos. No obstante, a partir de los aportes iusfilosóficos de Ronald Dworkin o Robert Alexy, se incluye en esta explicación la distinción entre reglas y principios. En términos simples, las normas jurídicas son el género conformado por

⁸ Ley N° 80, de 1993.

dos especies: las reglas y los principios⁹. La cuestión que surge es establecer la diferencia entre reglas y principios. Veamos algunos de los criterios más importantes para diferenciar entre estos tipos de normas¹⁰.

Las normas, como se dijo, son entidades conformadas por la relación deóntica entre un caso (conjunto de propiedades que caracterizan un tipo de acción o acto) y una *solución normativa* (prohibición, obligación, facultad, potestad), de acuerdo con ciertas *condiciones de aplicación*. Esto quiere decir que, tanto las reglas como los principios, están conformados por un caso, una *solución normativa* y unas *condiciones de aplicación*. Teniendo en cuenta la anterior precisión, el primer criterio de distinción apunta a la forma en que se configuran el caso y las condiciones de aplicación en cada uno de esos tipos de normas. Por un lado, las reglas se configuran de forma *cerrada*, es decir que el conjunto de propiedades que conforman el caso y sus condiciones de aplicación está constituido por un conjunto finito de propiedades (por lo tanto, esas propiedades son identificables de antemano). Por otro lado, los principios se configuran de forma *abierta* porque alguna o todas sus condiciones de aplicación son implícitas y, por tanto, no identificables de antemano (esto es, no son posibles de reconstruir antes de la valoración para su aplicación en un caso concreto)¹¹. Debe aclararse que este criterio de distinción no está en función de las características semánticas de las disposiciones jurídicas y sus eventuales grados de vaguedad. En otros términos, las reglas están conformados por condicionales normativos inderrotables (el caso y las condiciones de aplicación son condición suficiente para la solución normativa) y los principios por condicionales normativos derrotables (el caso y las condiciones de aplicación no son condición suficiente sino contributiva para la solución normativa)¹².

Veamos un ejemplo. La norma que establece que está prohibido el ingreso de perros al restaurante es una regla, mientras que la norma que indica que, siempre que los usuarios se comporten de conformidad con las buenas costumbres, los administradores del restaurante deberán prestar los servicios de restaurante. La regla del ejemplo contiene las condiciones de aplicación de forma cerrada. Por ello, si está prohibido ingresar al restaurante con perros entonces no puedo entrar con mi perro al establecimiento. Por otro lado, el principio del ejemplo define *prima facie* como debe actuarse o decidirse: el deber de prestar los servicios del restaurante está expuesto a un conjunto abierto de propiedades que puede generar excepciones implícitas que no

⁹ ALEXANDER y SHERWIN 2008, 31-63.

¹⁰ Existe una importante discusión en la teoría del derecho sobre si estos criterios son exhaustivos y necesarios de las normas que llamamos principios. Por los límites de este trabajo, no pretendemos involucrarnos en este complejo e importante problema. Para nuestros propósitos basta decir que son características paradigmáticas (y no excluyentes) de los principios y que el criterio más importante para la identificación de los modelos de toma de decisiones es el segundo, esto es, el de la diferente forma en que se constituyen como razones para la acción.

¹¹ RODRÍGUEZ, 2003, 77-79.; ATIENZA & RUIZ MANERO 1996, 7-11; MORESO VILAJOSANA, 2012, 90.

¹² RATTI, 2013, 167.

pueden reconstruirse previo a que surjan en el contexto de la decisión de un caso concreto¹³.

El segundo criterio de distinción se fundamenta en el diferente funcionamiento de las normas como razones para la acción. Las reglas son, en los términos de Joseph Raz, razones protegidas¹⁴. De acuerdo con esto, las reglas, además de constituirse en razones para actuar o decidir de determinada manera (no autorizar el ingreso de perros), excluyen la posibilidad (normativa) de actuar de conformidad con razones que están en contra de la regla (por ejemplo, un cliente que planea asegurar un cuantioso gasto pero que pretende entrar con sus dos perros). Si existe una regla que exige actuar de la forma X entonces los individuos tienen una razón para realizar X, pero esa regla excluye la relevancia normativa de las razones para realizar comportamientos contrarios a X.

En cambio, los principios son normas que solo se constituyen en razones para actuar de determinada manera pero que no excluyen las razones (o principios) que justifican comportamientos contrarios. Son, en otras palabras, razones no concluyentes (o de primer orden en los términos de Raz) para actuar o decidir¹⁵. Imaginemos que, de acuerdo con el principio de la autonomía individual, existe una razón para decidir libremente qué hacemos con nuestro dinero. Los principios solo indican posibles cursos de acción, pero a diferencia de las reglas, no excluyen otros cursos de acción. Tanto así que a pesar de que el principio de autonomía pueda justificar emplear nuestro dinero libremente, puede ser cierto también que –con base en otro principio u otra regla– se nos obligue a invertir nuestro dinero en algo específico (por ejemplo, ahorrar para nuestra pensión de vejez).

En definitiva, y particularmente en relación con las razones para la decisión de los operadores jurídicos, las reglas están dispuestas para que, cuando se acreditan sus condiciones de aplicación, los operadores jurídicos excluyan de las consideraciones con las que buscan fundamentar sus decisiones, el juicio acerca del balance de razones aplicables, y decidan conforme al contenido de la regla. Por el contrario, los principios no buscan excluir ese tipo de deliberación en el juicio de los operadores jurídicos. Los principios se constituyen en razones para resolver en determinado sentido cuya justificación depende de la ponderación con otras razones o principios. Por esta razón –siguiendo a Dworkin– los principios tienen una dimensión de peso y quien ha de definir cómo actuar conforme a los principios debe tomar en cuenta el valor relativo de ellos¹⁶.

¹³ BAYÓN, 2003, 63-64.

¹⁴ RAZ 1999, 224. HART denomina a este tipo de razones con el término de razones perentorias (HART, 1982, 268).

¹⁵ TWINING y MIERS 2010, 80-87.

¹⁶ DWORKIN 1977, 293.

Para explicar la diferencia, imaginemos esta situación. Alejandra, María y Gabriela son tres emprendedoras que han abierto un restaurante en el norte de la ciudad. El restaurante se especializa en comida mediterránea con platos que, si bien son costosos, tienen una calidad culinaria innegable. Se han propuesto constituir un establecimiento de comercio que asegure la tranquilidad (razón 1), se produzcan primordialmente platos mediterráneos (razón 2) y, desde luego, se convierta en una buena fuente de ingresos económicos para sus dueñas (razón 3). Un sábado en la tarde solicitan mesa para tres personas: Juan, Carmen y su hija Marcela. Marcela es una niña de 5 años que, desde el momento en que entraron al restaurante no paraba de hacer ruidos, gritar y tomar sin permiso las cosas. Ante este hecho, las dueñas del restaurante deliberaron sobre si debían o no dar una mesa a la ruidosa familia. Luego de que Juan y Carmen afirmaran que no iban a dar órdenes a Marcela (argumentaron que los niños deben crecer libres), los dueños decidieron negarles la solicitud. Para llegar a esa decisión, nuestras emprendedoras deliberaron alrededor de las razones 1, 2 y 3. Concluyeron que, si bien la razón 3 (y en cierta manera la 2) eran razones para darle la mesa a la familia, la razón 1 tenía más peso en la decisión del caso concreto.

Esa misma tarde llegaron al restaurante John y Margarita, acompañados por su perro Milo. Al solicitar la mesa, explicaron que su perro estaba completamente adiestrado y que no iba a hacer ruidos molestos. En efecto, el perro además de educado estaba muy limpio. Luego de deliberar, los dueños del restaurante decidieron que no podían dar una mesa a John y Margarita. Al igual que en la decisión anterior, para ellos asegurar la tranquilidad del restaurante es una razón de mayor peso que la de producir los alimentos o la de obtener el pago por ellos. Aburridos decidir de esa manera en cada caso, optaron por diseñar un reglamento. Dentro de las diferentes disposiciones normativas que conforman el manual se resaltan las siguientes:

Norma 1: Está prohibido el ingreso al restaurante de perros

Norma 2: Siempre que los usuarios se comporten de conformidad con las buenas costumbres, los administradores del restaurante deberán prestar los servicios de restaurante.

Días después, llega al restaurante Saúl y Firulais, su querido *french poodle*. Javier, quien fue encargado como administrador del establecimiento, decide no autorizar su entrada en aplicación de la norma 1. Los problemas de Javier no paran. Antonio, un habitual comensal del restaurante, ha tomado dos copas de vino y ha empezado a hablar de política con su compañero de mesa. La charla, por cierto, es escuchada por otros comensales pues Antonio habla con un volumen alto. Otro comensal le pide a Javier que aplique el reglamento pues Antonio no se está comportando adecuadamente y que, por tanto, no le debería vender más licor. Javier delibera y considera que, si bien es cierto que Antonio se está comportando inadecuadamente al hablar demasiado alto, nunca antes ha afectado la tranquilidad del restaurante. Además consideró que Antonio tiene derecho de disfrutar del sitio.

Sin olvidar –por cierto– que la economía actual no deja mucho espacio para perder un cliente. Por lo tanto, Javier decide vender una copa de vino y el plato que pidió Antonio.

En este caso, es posible advertir la diferencia entre las reglas y los principios. La norma 1 es una regla y la norma 2 es un principio. Obsérvese, además, que es posible identificar la existencia de principios implícitos en la práctica normativa, por ejemplo, asegurar la tranquilidad de los comensales (razón 1) y la eficiencia económica del restaurante (razón 3). Si bien es cierto que esos principios no hacen parte del reglamento explícitamente, se pueden derivar implícitamente de los propósitos fundacionales de la práctica normativa (i.e el reglamento del restaurante de Alejandra, María y Gabriela). Como se puede ver, la norma (1) es una razón protegida para actuar o decidir: es una razón para no permitir el ingreso de perros y, además, excluye la relevancia normativa de otras razones (por ejemplo, la razón 3). Por el contrario, la norma 2 y las razones 1, 2 y 3 son razones para actuar o decidir de ciertas maneras pero no tienen la capacidad de excluir a las razones en contrario más allá del juicio de Javier acerca de cuál de ellas tiene mayor peso para resolver el caso en concreto¹⁷.

Otros autores han señalado que los principios son normas que indican fines o estados de cosas que se espera que ocurran. Es por esta razón que Robert Alexy ha definido los principios como mandatos de optimización, es decir, como pautas que exigen comportamientos para alcanzar estados de cosas ideales en la mayor medida de lo posible (v. gr. la eficiencia económica o la tranquilidad de los comensales). En sus palabras, los principios son mandatos de optimización en el sentido que “ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida posible, de acuerdo con la posibilidades fácticas y jurídicas”¹⁸. Por ello, los principios –a diferencia de las reglas– se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diferentes grados. La regla de la prohibición de entrar perros se cumple o se incumple, no hay término medio. En cambio, los principios de comportamiento adecuado, eficiencia económica y tranquilidad indican unos fines que pueden cumplirse en distintos grados¹⁹. En estos términos, lo que caracteriza a los principios es que son normas ideales, es decir, normas que consagran estados de cosas ideales. Así “como decimos que un automóvil ideal, debe ser estable, veloz y seguro, el estado de cosas ideal regulado por la Constitución... debe ser tal que produzca unas condi-

¹⁷ En el marco de la explicación de la interacción de los principios dentro de los sistemas jurídicos ha surgido la teoría de la ponderación. Se argumenta que esa interacción genera un tipo de colisión que “se presenta cuando dos o más principios resultan relevantes para resolver un caso concreto y que, además, cada principio (o subconjunto de principios) determina respuestas incompatibles entre sí. La ponderación, entonces, es un método para resolver generalmente la colisión de principios. En este procedimiento deliberativo, el operador jurídico pondera el peso de los principios con el objeto de determinar cual tiene mayor “fuerza” para resolver el caso concreto. (BERNAL PULIDO 2018, 197-99).

¹⁸ ALEXY 2007, 16.

¹⁹ ATIENZA & RUIZ MANERO 1996, 1-18.

ciones favorables para el progreso social y económico”²⁰. Los fines ideales pueden entrar en conflicto entre sí (por ejemplo, la eficiencia económica del restaurante puede entrar en conflicto con la tranquilidad de los comensales). Es por ello que las prácticas que le otorgan relevancia normativa a los principios deben definir los procedimientos en que han de resolverse los conflictos entre ellos (por ejemplo, mediante la ponderación).

Veamos el siguiente ejemplo desarrollado en un escenario de contratación estatal. Una entidad quiere realizar la adquisición de unos computadores para entregarlos a colegios donde estudian niños que no tienen acceso a sus clases en medio de la pandemia. En los pliegos de condiciones, la entidad dispone que “el oferente debe tener una capacidad productiva de, mínimo, 120 equipos diarios para ser considerado en el proceso de selección”. Al proceso de selección se presentan dos empresas: Arévalo Asociados S.A.S. y Carrillo enterprises S.A.S. La empresa Arévalo S.A.S. tiene una capacidad productiva de 80 equipos diarios, mientras que la empresa Carrillo S.A.S. tiene una capacidad de 150 equipos. En dichas condiciones, la empresa seleccionada es la segunda empresa; no obstante, en la ejecución del contrato, se empiezan a presentar retrasos en las entregas a lo que el contratista explica que el motivo del retraso es la alta demanda que tiene por las circunstancias de coyuntura y se hace insuficiente su capacidad productiva. Por lo anterior, la entidad celebró algunas modificaciones al contrato y los destinatarios finales contaron tardíamente con los equipos.

En vista de la mala experiencia con la anterior contratación, la entidad decide disponer en los nuevos pliegos de condiciones que “el oferente debe tener una capacidad productiva suficiente para lograr una entrega oportuna de los bienes objeto de la compra”. Suponiendo que en este proceso se presentan los mismos proponentes (Asociados S.A.S. y Carrillo enterprises S.A.S.) y con la misma capacidad productiva de 80 el primero y 150 el segundo. La entidad concluye que el oferente Arévalo S.A.S. tiene mejor calificación en la experiencia entregando oportunamente sus pedidos. Por lo anterior, esa empresa se convierte en la adjudicataria del proceso. En este caso, vemos que la disposición normativa del primer proceso contractual es una regla, mientras que la disposición del segundo proceso es un principio. Cabe resaltar que la forma en que la entidad formula la disposición afecta el proceso de selección dando como ganador a oferentes distintos.

No cabe duda que dentro de los sistemas jurídicos existen diferentes normas que encajan en la descripción dada por Alexy de mandatos de optimización (como en el ejemplo que acabamos de ver). Sin embargo debe tenerse en cuenta que esta concepción no es adecuada para caracterizar diferentes principios que no se presentan como ideales a conseguir, sino como normas que prescriben o regulan determinadas acciones o decisiones. Por esta razón, esta concepción excluye una importante categoría de principios

²⁰ MORESO y VILAJOSANA 2012, 222.

que son centrales en los sistemas jurídicos. Esta noción se limita, por tanto, a dar cuenta de un subgrupo de principios que Dworkin denominó directrices políticas (*policies*). A pesar de que la teoría de Alexy resulta insuficiente como una teoría general de los principios, resulta útil para caracterizar un tipo de ellos que suele estar presente en los sistemas jurídicos²¹. En otras palabras, no todos los principios son mandatos de optimización, pero este tipo de mandatos está presente en los sistemas jurídicos contemporáneos.

b) Dos modelos de toma de decisiones

En el famoso debate, Dworkin creyó encontrar un argumento que vencería a Hart. Según Dworkin, con independencia de lo que establezcan las fuentes del derecho, los sistemas jurídicos contienen principios implícitos que tiene la capacidad de derrotar a las reglas²². En otros términos, se sostiene que las reglas jurídicas no pueden definir de forma exhaustiva sus consecuencias de derecho porque queda abierta la posibilidad de que entre en escena un principio que lleve a que aparezca una excepción a la regla que no se había identificado de antemano. Volvamos al caso del restaurante. Federico (un hombre ciego) llega al restaurante y solicita una mesa para el solo. Sin embargo, pide permiso para que lo acompañe Tom, su perro lazarillo. Explica que su perro, además de servirle de guía, está entrenado para alertar en caso de que puedan aparecer episodios epilépticos que Federico suele padecer. Javier, sabiendo que existe la regla que prohíbe entrar con perros, recuerda que un principio del restaurante es la atención personalizada en función de asegurar la tranquilidad y descanso de sus comensales. Por ello, considera que esos principios derrotan a la regla en el caso y le otorga una mesa a Federico acompañado de Tom²³.

Esta relación entre reglas y principios es propia, por ejemplo, de los sistemas constitucionales contemporáneos, en los que las reglas suelen interactuar con principios que, generalmente, reconocen derechos fundamentales. La cuestión es analizar si es verdad que es necesario –como piensa Dworkin– que las prácticas jurídicas otorguen relevancia a los principios. En otros términos, hay que preguntarse si es una verdad necesaria que todo sistema jurídico debe contemplar una serie de principios que, además, tienen la capacidad de derrotar a las reglas. Adelantando la respuesta, consideramos que no. Sin negar que es posible que las prácticas jurídicas le otorguen prevalencia normativa a las decisiones basadas en principios, es desde luego también posible que esas prácticas clausuren el sistema de normas y excluyan la relevancia normativa de los principios para la toma de decisiones. Veamos cómo puede ser esto.

²¹ Un desarrollo completo de esta tesis puede verse en MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007, 77-81.

²² DWORKIN 1977, 22-31.

²³ Esto es lo que SCHAUER denomina experiencias recalcitrantes. No sobra advertir que es el citado autor el que introduce el ejemplo de los perros en el restaurante. SCHAUER 1991, 31-34.

Una característica de las reglas es que, además de exigir determinados cursos de acción o de decisión (de conformidad con las propiedades normativas definidas en la regla) deben ser capaces de cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico de los individuos (esto es, como vimos, que las reglas son razones protegidas para la acción). Para explicar este fenómeno, Joseph Raz afirma que existen dos tipos de razones. Las primeras (razones primarias o de primer orden) indican cómo se debe actuar²⁴. Las segundas (razones secundarias o de segundo orden) son razones sobre razones primarias. A su vez, las razones secundarias pueden ser de dos tipos. Unas indican las razones con base en las cuales se debe actuar (razones secundarias positivas), otras excluyen a un determinado conjunto de razones (razones secundarias excluyentes).

Las reglas combinan razones de primer orden (toda vez que indican como actuar) con razones de segundo orden negativas (es decir, excluyen la relevancia práctica de un conjunto de razones). No obstante, entre las reglas y las razones de primer orden existen importantes relaciones. En primer lugar, las reglas (específicamente las prescriptivas) son en sí mismas razones de primer orden en tanto exigen la realización de acciones o la toma de decisiones. Además, las reglas son el resultado de decisiones de las autoridades jurídicas que, luego de ponderar las diferentes razones de primer orden (razones subyacentes), definen un conjunto de propiedades (el caso) al que otorgan determinada calificación jurídica. Para explicar la relación entre las reglas y sus razones subyacentes, resulta útil recurrir a la distinción entre disposiciones jurídicas y su justificación subyacente (las razones de primer orden que justifican la regla formulada en la disposición jurídica). Las autoridades jurídicas evalúan las razones de primer orden (a favor y en contra) en relación con un determinado curso de acción y luego de deliberar acerca de este, deciden formular una regla en una disposición normativa²⁵.

Ahora bien, ¿Cuáles son las razones que son excluidas por las reglas? Esto quiere decir ¿Cuál es el alcance práctico de las reglas? ¿El alcance práctico de las reglas excluye a sus razones subyacentes? Veamos algunas precisiones al respecto. En primer lugar, las reglas jurídicas excluyen aquellas razones que hacen diferencia práctica respecto de lo que debe ser hecho. Solo tiene sentido la noción de exclusión cuando se habla de razones relevantes que son contrarias a lo exigido por la regla. La pregunta que surge entonces es ¿Pueden las reglas excluir todas las razones objetivamente relevantes? La respuesta es simple: no. Si el alcance de la exclusión de las reglas jurídicas fuese respecto de todas las razones objetivamente relevantes para una acción determinada, se caería en el absurdo de que toda acción sería jurídica (o antijurídica), o de que siempre habría una razón jurídica para actuar o no actuar²⁶. Si las normas jurídicas excluyen a todas las razones relevantes para actuar, sería

²⁴ RAZ 1990, 224.

²⁵ RAZ 1990.

²⁶ PULIDO 2018, 139-168.

preciso afirmar que, por ejemplo, cuando un jugador de ajedrez decide cómo mover una ficha, estaría actuando y razonando jurídicamente, por cuanto ello sería una regla jurídica o haría parte de las razones excluidas²⁷.

En segundo lugar, y aun cuando se admita que el derecho es “comprehensivo”, esto no puede significar que el derecho pueda tener autoridad para regular todos los comportamientos, ni que en efecto los regule de forma general. Significa, simplemente, que es posible que el derecho pretenda regular todo tipo de comportamiento sobre los cuales tiene autoridad. En otras palabras, toda autoridad tiene un dominio limitado de acciones, personas y razones que puede regular y, en consecuencia, el alcance práctico de las reglas depende de las decisiones de las autoridades jurídicas dentro de estos límites, complementados en los ordenamientos jurídicos por medio de reglas de competencia²⁸.

Las autoridades jurídicas tienen el poder normativo de emitir directivas dentro de la esfera de su competencia, es decir, dentro del rango de acciones sobre las cuales tiene derecho a gobernar (a saber, de acuerdo con los poderes normativos otorgados por las normas de competencia). Las reglas de competencia, por tanto, definen tanto las acciones y personas que pueden dirigir, como las consideraciones que pueden excluir. Por cuanto la autoridad jurídica tiene –por definición– un poder normativo limitado, el alcance práctico de sus reglas es limitado, al menos respecto del rango de consideraciones, acciones y personas que la autoridad tiene competencia de gobernar²⁹.

En síntesis, la existencia de reglas depende de la capacidad de las normas de exigir conductas y de excluir razones que son, a su vez, relevantes respecto de cómo se debe actuar o decidir. Es desde luego posible que el sistema jurídico –o una parte de él– decida configurar un modelo de normas en el que los principios prevalezcan al momento de la toma de decisiones. Pero es también posible –y según el contexto aconsejable y justificable– adoptar un modelo de reglas, esto es que –por alguna razón o conjunto de razones– se considere necesario implementar una práctica en la que, como consecuencia de la existencia de un sistema de reglas, los principios sean excluidos al momento de la justificación de las decisiones.

Por lo tanto, todo sistema normativo (incluidos desde luego los marcos regulatorios) deben decidir si propenden por un modelo de reglas o si por el contrario persiguen un modelo de principios. En el primero, las reglas se constituyen en condición suficiente para la justificación de las decisiones. En el segundo las normas son razones contributivas para la justificación de las decisiones. Además, de acuerdo con el modelo de reglas, las normas funcionan de forma “opaca” en el razonamiento práctico, de manera que excluyen la deliberación acerca de los méritos que tienen. Por el contrario, el

²⁷ RAZ 2009, 380.

²⁸ RAZ 2009, 40-45.

²⁹ ENDICOTT 2007, 14-19.

modelo de principios sostiene que las normas son “transparentes”, esto es, en la toma de decisiones los sujetos vinculados deben considerar los principios que justifican la existencia de las normas. De acuerdo con el modelo de reglas las normas pueden ser expresadas, seguidas y aplicadas con independencia de la valoración sobre las razones (o principios) que las justifican. Por el contrario, según el modelo de principios, la expresión, seguimiento y aplicación de las normas depende, en definitiva, de la deliberación sobre la forma adecuada de justificar la aplicación de esos principios en las decisiones³⁰.

Desde luego, la configuración del modelo en cada sistema jurídico es una cuestión contingente, al depender de cómo cada práctica jurídica se implementa y de los compromisos normativos implícitos en la institución que se trate. No es lo mismo, por ejemplo, un modelo para toma de decisiones para aplicar derechos fundamentales que el modelo para regular los procedimientos judiciales o administrativos. Antes de continuar, es necesario hacer una precisión metodológica. Los modelos no pretenden ser descriptivos de los ordenamientos jurídicos actuales (desde luego que en la gran mayoría de sistemas normativos conviven reglas y principios) sino ideales regulativos y explicativos de la forma cómo se fundamenta la actividad de regulación. En este sentido, existen dos razones que justifican una adecuada caracterización de los modelos en el estudio de los sistemas normativos. En primer lugar, la identificación del modelo importa para determinar los criterios de evaluación en la implementación y desarrollo de los sistemas normativos. En segundo lugar, la definición del modelo sirve para sentar las bases de la justificación de la toma de decisiones a propósito de la interacción de distintos tipos de normas. Así, por ejemplo, en el modelo de principios existen razones que justifican una prevalencia de los principios sobre las reglas en la toma de decisiones. Por el contrario, en el sistema de reglas, existe una prioridad de las reglas sobre los principios en la justificación de la forma de resolver los conflictos entre normas³¹.

II. Los modelos de toma de decisiones en la contratación pública colombiana

El estatuto general de la contratación (Ley 80 de 1993) fue expedido por el Congreso de la República de Colombia con el propósito de encontrar mecanismos para regular la contratación administrativa y luchar contra la corrupción. La fórmula que se gestó pretendía enfrentar la corrupción en la contratación estatal sin sacrificar el principio de la eficacia administrativa. Por esta razón el legislador se concentró en ampliar la potestad discrecional de las entidades estatales para que, a la luz de los principios constitucionales, pu-

³⁰ La formulación y explicación de estos modelos puede verse en: ALEXANDER 1989, 1-64; ALEXANDER 2012, 75-82; ALEXANDER y SHERWIN 2004, 15.

³¹ Sobre el problema de la derrotabilidad de las normas como consecuencia de la interacción entre reglas y principios véase el debate BAYÓN y RODRÍGUEZ, 2003 y PULIDO ORTIZ, 139-168.

diesen ser ágiles en la satisfacción de los fines del Estado³². Existen, no obstante, importantes dudas sobre la eficacia de esa ley para alcanzar los fines para los que fue prevista. Por ejemplo, Transparencia por Colombia³³ señala que de todas las prácticas de corrupción el 72% es administrativa, escenario en el que la contratación pública es protagonista con el 46% de todos los actos así calificados³⁴.

En este acápite, argumentamos que el modelo de principios que subyace en el marco jurídico para la definición de criterios habilitantes y de escogencia del contratista en la Ley 80 de 1993 tiene serios problemas. La atribución de una amplia discrecionalidad administrativa radicada en cabeza de las entidades estatales para tomar decisiones basadas en principios hace parte de la explicación de las dificultades de ese marco jurídico: generalización de procedimientos con oferente único en licitación pública, pocos controles en la etapa de selección y resultados negativos en evaluaciones de transparencia. En las siguientes líneas mostraremos que los acuerdos marco de precios y pliegos tipo (potestad de la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente³⁵) es un intento por diseñar un sistema regulatorio fundamentado en el modelo de reglas cuyo propósito central es atacar las fallas del mercado de compra pública.

a) El modelo de principios: el estatuto general de contratación

La Ley N° 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) es un buen ejemplo de un intento por implementar el modelo de principios (particularmente en lo relativo a los criterios de selección)³⁶. En la justificación del Estatuto se subrayó la importancia de crear un ordenamiento desprovisto de una tendencia “reguladora”. Se aseguraba que, más importante que cada una de las reglas del estatuto, lo fundamental era perseguir los principios de la contratación estatal³⁷. En la justificación del proyecto de ley, se afirmaba que:

“su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Solo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal”³⁸.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-119 DE 2020, 56-57.

³³ 2019, 18.

³⁴ TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, 2019, 17-18.

³⁵ Decreto-Ley N° 4170 de 2011, Ley N° 1955 de 2019 (art. 41) y Ley N° 2022 de 2020.

³⁶ BENAVIDES, 2004, 75.

³⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 1992.

³⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 1992.

En específico, el Estatuto consagró:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (art. 23 L. N° 80 de 1993).

Al respecto, algunos especialistas han señalado que el Estatuto de Contratación se orientó hacia la simplificación del marco normativo estableciendo un cuerpo de “grandes principios” sobre la materia³⁹. De esta manera, las entidades podrían desarrollar su actividad con mayor libertad y adaptándose a las exigencias diarias de la administración. Con la expedición de la Ley N° 1150 de 2007⁴⁰ se acentúa más la tendencia del estatuto hacia el modelo de principios. Esa Ley buscaba mayor eficacia y transparencia en los procesos de contratación pública, pero en la misma línea de confiar en las decisiones basadas en principios como mecanismo para resolver los asuntos en la contratación estatal. El artículo 13 de la citada norma precisa que los principios deben aplicarse de forma preferente en la contratación del régimen general de contratación y en los regímenes especiales.

La regulación de la compra pública, como se sabe, está diseñada para corregir las fallas típicas de ese mercado. Para ello, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública creó un marco normativo que pretendió implementar el modelo de principios a través de un diseño que favorecía la toma de decisiones discrecionales basadas en principios. No obstante, este diseño no logró su propósito y las fallas del mercado ha persistido con el tiempo: corrupción, colusión, asimetría de información, y falta de planeación, se destacan entre “aquellas situaciones en las que el mecanismo del mercado no puede funcionar adecuadamente”⁴¹. El Observatorio de Contratación 2017 de la Cámara Colombiana de Infraestructura, señala a al respecto que:

“El análisis de la información evidencia que el número de contratos adjudicados a únicos oferentes habilitados es muy alto y, de manera agregada, permite establecer que en los departamentos objeto del estudio, el 64% de los procesos fueron adjudicados a únicos oferentes, mientras que en los municipios dicho porcentaje corresponde al 85%. En contraste con esta situación, es importante resaltar que en las entidades de orden nacional (Invías, Aerocivil y ANI), el 94% del total de los procesos revisados, registraron más de dos oferentes habilitados, al igual que en las entidades del Distrito Capital, donde el 93% de los procesos registró pluralidad de oferentes”⁴².

³⁹ BENAVIDES, 2004, 505.

⁴⁰ Por medio de esta ley se intentaron introducir medidas para la asegurar la eficiencia y la transparencia en el Estatuto de Contratación.

⁴¹ RODRÍGUEZ, 2013, 2.

⁴² CÁMARA COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA, 2017, 23.

Esta fuente gremial permite observar que la aplicación del estatuto de contratación, basado en principios, para el caso de los departamentos y municipios, ocasionó el cierre injustificado de los mercados, mientras que en los casos donde se utilizaron de forma experimental documentos tipo, las cifras que reflejan competencia eran mayores. Por otra parte, los actores evidenciaron una ausencia de controles administrativos claros en la etapa de selección, especialmente en la creación del pliego de condiciones. Esta situación se hizo evidente por la inexistencia de medios idóneos para la reclamación de los interesados en la selección. En el informe de evaluación del sistema de compras públicas en Colombia arrojó como uno de los problemas centrales del sistema de contratación pública la ausencia de mecanismos administrativos de impugnación y apelación, es decir, ausencia de mecanismos para poner a discutir las decisiones precontractuales⁴³.

Para dar respuesta a esas fallas, el legislador colombiano diseñó un marco normativo distinto y basado en el modelo de reglas: el sistema de instrucciones introducido en Colombia por la Ley N° 2022 de 2020⁴⁴. Este sistema encarga a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (ACCE) su desarrollo. Con la aparición de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente y sus mecanismos de regulación, entre los que se cuentan: los acuerdos marco de precios, los documentos tipo, las circulares externas, etc., el Ejecutivo Nacional vio la posibilidad de estandarizar los procesos de contratación incursionando en el campo de la regulación por reglas. En las discusiones que dieron lugar a la expedición de la Ley N° 1882 de 2018, que originalmente introdujo los documentos tipo en nuestro ordenamiento legal, se habló del tema y particularmente desde la exposición de motivos, se precisó la necesidad “(...) de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya principal consecuencia ha sido el debilitamiento del sistema de compras públicas:

Si bien desde diversos sectores se ha sustentado que con la debida aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa se pueden superar estos yerros hermenéuticos, la realidad dicta que es necesario modificar normas puntuales que hoy, por el alcance arbitrario del que están siendo objeto, están generando efectos contrarios a los fines del Estado⁴⁵.

En tan solo un párrafo, era claro para los promotores de la ley que el modelo de principios en el mercado de compra pública estaba generando

⁴³ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2018.

⁴⁴ El artículo 4° de la Ley N° 1882 de 2018 definió que el Gobierno Nacional debía adoptar “documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. La ley 2022 de 2020 modificó ese artículo, adicionando que La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente es la entidad competente para adoptar “documentos tipo”. Esta Ley, además, enfatizó sobre el carácter estrictamente reglado que deben tener los documentos tipo.

⁴⁵ MINISTERIO DE TRANSPORTE, 2016.

contradicciones con los fines de este instrumento de la administración. En un sentido similar, los gremios de constructores quienes denunciaron la falta de certeza en los mecanismos de contratación y el elevado número de procesos de selección públicos con un solo oferente, fruto de la discrecionalidad en la confección de pliegos de condiciones. Según ellos, esos pliegos parecían diseñados a la medida de un competidor (conocidos en el sector con el nombre de “pliegos sastre”)⁴⁶. Con la expedición del Estatuto de Contratación se volvió recurrente el diseño de “pliegos sastre”, hechos a la medida de un oferente, para la selección de contratistas, engrosando así el escenario de corrupción y atentando contra el propio fin de la norma⁴⁷.

Por otro lado, y desde la teoría del derecho administrativo, se pueden identificar dificultades adicionales en el sistema original del estatuto (i.e el sistema basado en un modelo de principios). Este marco normativo generó una indebida interpretación del principio de discrecionalidad basada en normas de competencia indeterminadas y el diseño de tomas de decisiones basadas en principios. La discrecionalidad de la administración comporta toda una estructura compleja en el derecho administrativo en tanto es el ejercicio de una de las potestades de la administración. La discrecionalidad es una facultad específica de concepción jurídica para la consecución de un fin determinado, que se encuentra en cabeza de la administración y que no se traduce en una libertad de elección. La actividad administrativa, en el marco de un Estado de Derecho, debe regirse por los parámetros dispuestos en las leyes que, a su vez, se dirigen a la consecución de un fin específico, el cual, se encuentra en aquellas en forma de reglas para el correcto ejercicio de la facultad atribuida⁴⁸.

b) Los documentos tipo a cargo de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente

El ejercicio de la potestad discrecional de la administración pública, como se señaló previamente, debe hacerse en el marco de normas. La introducción de la estandarización de procesos contractuales constituye una regulación a través de instrucciones, como expresión del modelo de reglas, que consagran un conjunto de preceptos obligatorios (mediante normas cerradas que generan razones protegidas para la decisión) dirigidos a la dirección de los procesos de selección en compra pública. En este contexto, la administración pública vio la oportunidad de dirigir el mercado de la compra pública a través de Colombia Compra Eficiente, la cual, en un primer momento, expedía circulares externas por las que daba directrices a las entidades estatales en lo concerniente a sus relaciones contractuales, hoy además expide documentos tipo y acuerdos marco de precios.

⁴⁶ CÁMARA COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA, 2017.

⁴⁷ La regulación de la compra pública basada en el modelo de principios resultó, además, compleja de fiscalizar por los jueces y organismos de control CARMONA, 1992, 109.

⁴⁸ SCHMIDT, 2006, 220.

Ahora bien, para el Consejo de Estado⁴⁹ las circulares de la Agencia son verdaderos actos administrativos, los cuales terminan constituyéndose como mecanismos de contenido normativo que producen plenos efectos jurídicos en el sistema de compra pública. Cabe recordar que, para la propia Agencia, dichas circulares contienen mandatos, orientaciones e *instrucciones* de obligatorio cumplimiento para las entidades contratantes y el público en general. De esta manera, el aparato estatal expresamente se dirige, aún en vigencia de la Ley de principios, a un modelo de reglas o instrucciones en cabeza de Colombia Compra Eficiente.

El hecho de que una entidad como la Agencia de Contratación, una unidad administrativa especial con personería jurídica, adscrita al Departamento Nacional de Planeación y de naturaleza técnica asuma esta labor de estandarización a partir de lo señalado en la Ley 2022 de 2020 no es novedosa. De hecho, con la introducción de los Acuerdos Marco de Precios o instrumentos de agregación de demanda se realiza una labor en esencia similar, toda vez que al igual que los documentos tipo, estos constituyen mecanismos de regulación del mercado de compra pública y a su vez propician la rapidez, transparencia y seguridad en las transacciones⁵⁰.

Sobre este detalle es que resulta preciso traer a colación la tesis de las "Cuatro 'C' para la adopción de los documentos tipo: "cronograma, coordinación, comentarios y capacitación"⁵¹. La regulación por medio de instrucciones (se reitera, mediante la expedición de un conjunto de reglas) se propuso "tecnificar" el mercado de compra pública. Desde luego que no es posible crear "casuísticas" al respecto o exigencias formales. Lo que se busca es definir de forma general requisitos y condiciones comunes mediante el diseño de documentos tipo. En todo caso, en este sistema se dispone que, previo y posteriormente, es necesario establecer canales de diálogo con los actores del mercado para coordinar, capacitar y establecer cronogramas para depurar las instrucciones. Lo anterior, aunado al hecho de que el sistema también señala la disposición de un mecanismo "para la revisión constante de los documentos tipo que expida". Se busca, en definitiva, generar regulaciones dinámicas a la luz tendencias de contexto.

Teniendo en cuenta lo mencionado hasta ahora ¿Qué se entiende por discrecionalidad administrativa y como se supondría que los principios señalados en el Estatuto General de la Contratación cumplen su papel en este sentido, apoyando a los funcionarios en las distintas etapas del proceso contractual? Lo primero que debe señalarse es que cualquier actuación de la administración está sometida a la Constitución, la ley y los principios de

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Auto de agosto 14 de 2017. Rad. 11001-03-26-000-2017-00031-00 (58820). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁰ Decreto N° 4170 de 2011. Artículo 3, numeral 7 y Ley N° 1955 de 2019. Artículo 41, reglamentado por el Decreto N° 310 de 2021.

⁵¹ BARRETO MORENO, 2020.

la función pública, entre otras normas que regulen la materia, como se dijo anteriormente. La contratación estatal, siendo una de las actuaciones de la administración, también se encuentra atada a estos estándares; aunque particularmente con fundamento a la Ley 80, tanto las entidades sometidas al régimen general de contratación como las regidas por uno especial, gozan de un margen de discrecionalidad e interpretación ya que sus actuaciones deben estar orientadas en los principios de la contratación estatal y las reglas dispuestas, los primeros más predominantes que los segundos.

Así, tenemos de un lado la definición de los requisitos habilitantes y los factores de escogencia, actividad de la que se ha encargado tradicionalmente cada entidad estatal para la estructuración de sus procedimientos de selección⁵². Con la inserción de los documentos tipo y particularmente del pliego tipo como una categoría de aquellos, hoy coexisten la discrecionalidad, en teoría apegada a los principios de suyo poco efectiva, con el modelo de reglas ya reseñado. En tanto se vaya ampliando el abanico de documentos tipo y el detalle en ellos incluido, creado por la Agencia Contratación, seguirá este escenario dual en la materia. De esta manera, y adentrándose un poco más al objeto de estudio de este escrito, se ha discutido sobre si el carácter reglado y vinculante de los documentos tipo –y particularmente los pliegos tipos– hace nugatoria la discrecionalidad de la administración⁵³ o si se trata de una limitación a la misma. Frente a este punto se rescata que:

“(...) la libertad de la Administración para la elaboración del pliego de condiciones no es absoluta, ya que encuentra límites en los elementos reglados del acto administrativo, en la finalidad de interés general a la que debe atender y en el principio de proporcionalidad. De ahí que se haya dicho que no existen, pues, actos absolutamente reglados, ni absolutamente discrecionales”⁵⁴.

Es desde luego improbable que los documentos tipo puedan contener un conjunto de reglas inexpugnable a cualquier ejercicio de discrecionalidad de la administración, pero seguramente si logrará un efecto restrictivo de ella, que en aquello que la Agencia CCE quiera limitarla completamente, tiene las herramientas jurídicas para hacerlo, así se lo ha asignado el legislador en la reciente legislación (Ley N° 2022 de 2020). Adicionalmente, la estandarización de los documentos contractuales no es la única medida propuesta en su momento, aunque sí la que generó mayor impacto y discusión en el Congreso, así como en distintos sectores. Por lo que aquí no se pretende una renuncia completa a estas categorías normativas sino una armonización en el marco del modelo de instrucciones, particularmente en lo relativo a los requisitos de selección del contratista.

⁵² CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N° 1150 de 2007, artículo 5.

⁵³ DÍAZ DÍEZ 2020, 127-159.

⁵⁴ DÍAZ DÍEZ 2020, 127-159.

Se dirá entonces, que el modelo de instrucciones, que encuentra su expresión en los documentos tipo al definir de forma detallada criterios de selección, puede constituirse en un medio idóneo para enfrentar algunas fallas del mercado de compra pública, entre ellas la corrupción, la colusión, la falta de planeación, entre otras. Ahora bien, con la nueva forma en que se aborda el mercado de compra pública desde una visión detallada y dotada de mayor tecnicismo, no se pretende devolver los avances surgidos a la híper-regulación por la que se caracterizaba el Decreto N° 222 de 1983. La nueva regulación de la contratación estatal se caracteriza por crear mecanismos de fácil actualización y reforma, pero que en todo caso proporcionen a las entidades las herramientas necesarias para poder estructurar sus negocios jurídicos y adelantar la actividad contractual que le permita satisfacer sus necesidades.

Lo cierto es que tras casi 30 años de balances sobre la eficacia de los principios consagrados por la Ley N° 80 de 1993, se inició su reforma, inicialmente con el Decreto Ley N° 4170 de 2011, luego con la Ley N° 1882 de 2018 y recientemente con la Ley N° 2022 de 2020, se ha construido el modelo de instrucciones en la compra pública y los documentos tipo se constituyen en el abanderado de este cambio. La primera aparición legal de los documentos tipo se observa con la aparición de la Agencia de Contratación, no precisamente en las funciones que le fueron asignadas o en las de su director general, sino al enumerarse las funciones de la subdirección de gestión contractual, al señalar en el numeral 12 del artículo 11 del Decreto N° 4170 de 2011: "12. Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública". Esta atribución pasó desapercibida en nuestro ordenamiento jurídico y no tuvo ningún impacto. La discusión sobre los documentos tipos se reactivó en 2016 con la presentación por parte del Gobierno Nacional – Ministerio de Transporte del proyecto de ley 084 de 2016 Senado, 285 de 2017 Cámara, cuyo propósito principal fue:

"introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, que permitan aprovechar las grandes inversiones que en materia de infraestructura se están realizando en el país"⁵⁵.

Además de resaltar la importancia del sector de infraestructura como inspirador de la reforma, se señaló como eje central del proyecto, los documentos tipo al indicar:

"Piedra angular de este proyecto es la búsqueda de mayor transparencia en los procesos de contratación, en especial de los entes territoriales; a partir de la exitosa experiencia internacional, se ha propuesto en el articulado la estandarización de documentos contractuales, medida trascendental para evitar futuros casos de corrupción, como los tan sonados carruseles de la contratación"⁵⁶.

⁵⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Exposición de motivos proyecto de ley 084 de 2016 Senado.

⁵⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Exposición de motivos proyecto de ley 084 de 2016 Senado.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley N° 1882 de 2018 dispuso los documentos tipo como una nueva herramienta de regulación del mercado de compra pública, que fue asignada al Gobierno Nacional, que en palabras del artículo 115 constitucional está restringido al Presidente, los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos. Esto supuso que la emisión de los documentos tipo no saldría de ese marco normativo y de esa parte de la estructura estatal. El Gobierno Nacional expidió los Decretos N° 342 de 2019, N° 2096 de 2019 y N° 594 de 2020 y delegó la facultad de adopción de los documentos tipo a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente; a partir de ahí esta entidad procedió a expedir los de licitación pública, menor y mínima cuantía únicamente en el tema de infraestructura de transporte⁵⁷.

Paralelo a la emisión y aplicación de las normas reglamentarias, el Congreso de la República estudió la viabilidad del Proyecto de Ley N° 082 de 2018 Senado, presentado el 8 de agosto de ese año por el Gobierno Nacional, con el propósito de precisar el alcance de los documentos tipo y las funciones de regulación. Como consecuencia del proyecto anotado, se expidió la Ley N° 2022 de 2020, asignando la competencia para emitirlos a la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente de manera directa, sin pasar por delegación presidencial.

Dos consecuencias son resaltables de la entrada en vigor de la Ley N° 2022 de 2020 y, en concreto, de otorgar competencia a la Agencia de Contratación para la implementación de los Documentos Tipo. Por un lado, se subsana el error cometido, en un inicio, por el Decreto N° 342 de 2019 donde el Gobierno Nacional delegaba una función que, en principio, le fue asignada a éste; II) Se evita un procedimiento de delegación de funciones en el que existe todo un entramado legal que, a su vez, se encuentra en entredicho. Por otro lado, la aplicación de los documentos se hace de obligatorio cumplimiento para las Entidades Públicas sometidas al Régimen General de la Contratación Pública, es decir, de la Ley N° 80 y demás normas que, como se ha dicho hasta la saciedad en este escrito, se constituye en cuerpo normativo de principios y no de reglas (escenario que si produce la Ley N° 2022 de 2020 con la entrada de las instrucciones que esbozan las Documentos Tipo). Cabe destacar, que queda por fuera de esta regulación la infinidad de regímenes especiales de contratación en el que se adelantan buena parte de los procesos de compra pública hoy por hoy.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, 2020. CONSEJO DE ESTADO, 2019. CONSEJO DE ESTADO, 2021. Se equivocan quienes celebran las providencias del Consejo de Estado que anulan o suspenden facultades asignadas a la Agencia o las medidas que ella toma, dada la prueba de la nulidad de estas por salirse del marco legal de competencia que se le ha dado, pues lo que ha hecho el Alto Tribunal no es diferente a lo que haría con cualquier otra autoridad administrativa que se sale de sus facultades legales. El juez protege el principio de legalidad como una construcción neurálgica del Derecho Administrativo, ninguna autoridad puede salirse de sus competencias, ni atribuirse las que no tiene. Mientras el legislador, sea el ordinario o el excepcional, siga ampliando el rango de competencias de la Agencia de Contratación, ningún reproche puede hacerse a su validez.

Los documentos tipo contienen las reglas de los procedimientos de selección referentes a los requisitos habilitantes; los factores técnicos, económicos y otros sobre los cuales recaiga la selección del contratista; además, también podrán estipularse por documentos tipos aquellos requisitos sobre buenas prácticas en la contratación en general. Vale decir, que también se hace obligatoria la aplicación de los documentos tipo en los procesos de selección de obra pública; en los procesos de interventoría para la consultoría de estudios y diseños de obras públicas; finalmente, la Ley N° 2022 de 2020 hace obligatoria la práctica de documentos tipo para la consultoría en ingeniería de obras. Todo lo anterior, en procesos que ejecuten entidades del régimen general en los términos correspondientes dispuestos en normas reglamentarias.

Finalmente, las actividades que la Agencia debe adelantar como ente regulador del mercado de compra pública y autoridad que posee la norma de competencia para expedir las reglas mencionadas, se reducen a lo que previamente hemos llamado "Las cuatro C de los Documentos Tipo". Esas cuatro C, corresponden a las actividades de Capacitación (donde la Agencia tiene también la obligación de fomentar la descentralización focalizando los documentos tipo a las necesidades de los entes territoriales), al establecimiento de un Cronograma en el que la Agencia programa la aplicación de documentos tipo, a la Coordinación con las Entidades Estatales y territoriales para la puesta en marcha de los mismos y a los Comentarios que ha de recibir Colombia Compra Eficiente como actividad de construcción participa de estos instrumentos de regulación del mercado.

Conclusiones

Una de las actividades más importantes del poder ejecutivo en la actualidad es la regulación de la compra pública. Para realizar esta tarea, debe configurarse un sistema de normas que sirva de esquema para la regulación de los negocios jurídicos de las entidades estatales. Al respecto, es posible implementar dos modelos: el modelo de reglas y el modelo de principios. La definición del modelo es una cuestión contingente. Pero su configuración debe ser coherente con las bases del derecho administrativo siempre que se habla del ejercicio de la potestad discrecional de la administración, puesto que las normas de competencia deben estar construida de las reglas para que no representen vagas normas de programación final y que en la contratación estatal atentan contra el propio fin del Estatuto.

A lo largo de este trabajo se argumentó que el mercado de compra pública de la Ley N° 80 de 1993 generó un sistema basado en el modelo de principios que no logró enfrentar eficazmente las fallas del mercado. Para contrarrestar estos problemas, en los últimos años, y particularmente mediante los documentos y pliegos tipo, se ha construido sistema de instrucciones (basado en el modelo de reglas) en el mercado de compra pública. Ese sistema viene en construcción desde el Decreto Ley N° 4170 de 2011 por medio del cual se creó la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. A

esta entidad le corresponde “Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública”.

Con la expedición de la Ley N° 2022 de 2020, la Agencia adquirió definitivamente funciones de regulador del mercado de compra pública a través de documentos tipo, además de fortalecer el modelo de instrucciones en el mercado de compra pública. Dicha norma, condiciona las tareas correspondientes a la Agencia de Contratación – Colombia Compra Eficiente al cumplimiento de “Las cuatro C” a la espera de poner en funcionamiento de forma definitiva los documentos tipo. La forma como se desarrolle, implemente y ajuste el esquema normativo en el que se enmarquen los documentos tipo será fundamental para la estandarización del sistema de compra pública en Colombia.

Bibliografía citada

- ALEXANDER, L. y SHERWIN, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press.
- ALEXY, R. (2007). La fórmula del Peso. En Carbonell, M. (editor), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado, 15-50.
- ALEXY, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996). Las piezas del derecho. Ariel.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro (2019). *El Derecho de la Compra Pública*. Legis Editores.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro (2020). “Las cuatro “C” para la adopción de los documentos tipo: cronograma, coordinación comentarios y capacitación”. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-cuatro-c-para-la-adopcion-de-los-documentos> [Fecha de consulta: 10 febrero 2021].
- BAYÓN, J. (2003). “Proposiciones normativas e indeterminación del derecho”. En: H. SELEME, R. SÁNCHEZ y P. GAIDO, eds., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 27-66.
- BAYÓN, J. y RODRÍGUEZ, J. (2004). Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Edición e introducción de GAIDO, O, SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. y SELEME, H. Universidad Externado.
- BENAVIDES, José Luis (2004). *El contrato Estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición.
- BERNAL PULIDO, C. (2018). Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho. Universidad Externado de Colombia.
- DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés (2020). “Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones?”. En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N° 24, 2020, pp. 127-159. Doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.06>.
- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- HART, Herber Lionel Adolphus (1982). *Essays on Bentham*. Oxford University Press.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007). Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Marcial Pons.
- MINISTERIO DE TRANSPORTE, PROYECTO DE REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL (2016). Tomado de: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radiados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%200084-16%20contratacion%20Ajustes%20CCI%2008082016.pdf>.
- MONTERO PASCUAL, J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 12 (2014), 23-44. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993>.

- MORESO, J. y VILAJOSANA, J. (2012). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- NAVARRO, Pablo Eugenio y RODRÍGUEZ, José Luis (2014). *Deontic logic and legal systems*. Cambridge university press.
- PULIDO ORTIZ, F. (2018). Alcance y derrotabilidad de las reglas jurídicas. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(12), 139-168. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487937e.2018.12.12446>.
- PULIDO-ORTIZ, F. (2019). La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción. En *Persona y Derecho*, N° 81, 2019, pp. 151-183. DOI 10.15581/011.81.151-183.
- RATTI, F. (2013). *El gobierno de las normas*. Marcial Pons.
- RAZ, J. (1990). *Practical reason and norms*. University of Oxford.
- RAZ, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, C. (2013). Las fallas del mercado [en línea]. Facultad de Ciencias Económicas San Francisco de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/5804/1/fallas-mercado-carlos-rodriguez.pdf>. [Fecha de consulta: 5 mayo 2021].
- RODRÍGUEZ, J. (2003). La derrotabilidad de las normas Jurídicas. En: H. SELEME, R. SÁNCHEZ y P. GAIDO, eds., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 69-104.
- SCHAUER, F (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Clarendon Press.
- TWINING, W., y MIERS, D. (2010). *How to do things with rules : a primer of interpretation (fifth edition)*. Cambridge University Press.

Normativa citada

- Congreso de la República. Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993. En: *Gaceta del Congreso*, N° 75. 23 de septiembre de 1992. Recuperado en: <https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201992/GC%2075%20de%201992.pdf>.
- Congreso de la República. Exposición de motivos Ley 80 de 1993, tomado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>.
- Congreso de la República. *Gaceta* 605 de 2016. Exposición de motivos Proyecto de Ley 086 Senado. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2017/gaceta_605.pdf.
- Ley N° 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, 41.094 de octubre 28 de 1993.
- Ley N° 1150 de 2007. Se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley N° 80 de 1993. *Diario Oficial*, 46.691 de julio 16 de 2007.
- Ley N° 1882 de 2018. Se modifican, adicionan y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia. *Diario oficial*, 50.477 de enero 15 de 2018.
- Ley N° 2022 de 2020. Por la cual se modifica el artículo 4° de la Ley N° 1882 de 2018. *Diario Oficial*, 51.383 de julio 22 de 2020.
- Gaceta del Congreso de la República*. Proyecto de Ley N° 082 de 2018 – Senado.
- Decreto N° 4170 de 2011. Se crea la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente. *Diario oficial*, 48.242 de noviembre 2 de 2011.

Jurisprudencia citada

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Auto de agosto 14 de 2017. Rad. 11001-03-26-000-2017-00031-00 (58820). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia

The environmental compliance programs and the impact of changing circumstances on their efficacy problem

William García Machmar¹
Francisca Soto Monteverde²

Los programas de cumplimiento ambiental corresponden a un incentivo al cumplimiento de las normas e instrumentos de carácter ambiental, mediante los cuales el presunto infractor se obliga a cumplir un conjunto de metas y acciones para corregir su conducta antijurídica y hacerse cargo de los efectos negativos derivados de su incumplimiento al medio ambiente. En caso de advenir circunstancias no previstas durante la fase de ejecución de estos programas, se afectará primordialmente la eficacia del programa aprobado, de manera que el acto administrativo que aprueba un Programa de cumplimiento debe ser corregido para adecuarse a la realidad. La Superintendencia del Medio Ambiente podrá elegir entre declarar su inva-

An environmental compliance programme is an incentive to comply with environmental regulations, in which the presumed offender is mandated to fulfill a number of goals and actions, in order to correct their unlawful behaviour as well as manage any consequential negative environment impact. In the case of unforeseen circumstances during the execution phase of this programme, the efficacy of it is likely to be affected, therefore, a correction must be made for adapting the programme to reality. The Environmental Watchdog may choose between declaring its invalidity, its decline, modify the administrative act that approved the programme, or declare its non-compliance.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Magister en Derecho (LLM) New York University. Magíster en Derecho Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Correo electrónico: wgarciamachmar@gmail.com. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago, Región Metropolitana, Chile.

² Magister en Derecho y Política Ambiental (LLM) University College. London. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Correo electrónico: fsotomonteverde@gmail.com. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago, Región Metropolitana, Chile.

Artículo recibido el 19 de abril de 2021 y aceptado el 13 de junio de 2021.

lidez, su decaimiento, modificar el acto administrativo que aprobó el programa, o bien, declarar su incumplimiento.

Keywords: environmental compliance, environmental enforcement undertaking, changing of circumstances, efficacy.

Palabras clave: cumplimiento ambiental, programa de cumplimiento ambiental, cambio de circunstancias, eficacia.

Introducción

Este artículo presenta un estudio de los Programas de Cumplimiento Ambiental como un instrumento de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental presente en los procedimientos administrativos sancionadores que sustancia la Superintendencia del Medio Ambiente. Particularmente, se examina el fenómeno del cambio de circunstancias de hecho, una vez aprobado un programa de este tipo, y las actitudes que puede tomar la autoridad ambiental ante tal escenario desde una perspectiva del Derecho Administrativo. Para ello, se emplea una metodología doctrinal, entendiendo esta como “aquel tipo de investigación que provee una exposición sistemática de las reglas que gobiernan una particular categoría legal, analiza las relaciones entre reglas, explica las áreas que presentan dificultades, y quizás predice futuros desarrollos [...] envuelve análisis de jurisprudencia, disponer, ordenar y sistematizar proposiciones legales y el estudio de instituciones legales”³. Particularmente, se ha consultado literatura especializada sobre Derecho Administrativo y Derecho Ambiental, tanto de culturas legales pertenecientes a tradiciones de derecho continental como anglosajón, así como una revisión de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Ambientales de Chile y la Corte Suprema, para aquellos casos en que el objeto del litigio consistió en la impugnación de un acto administrativo que aprueba o rechaza un programa de cumplimiento, o bien, que declaró su cumplimiento o incumplimiento, y, además, la sentencia se haya referido directa y sustancialmente a los programas de cumplimiento. Se estudió el periodo de tiempo correspondiente a marzo de 2013 hasta enero de 2021, lo cual totaliza 24 fallos, accediendo a estos a través de las páginas web de cada uno de los Tribunales Ambientales. Se argumenta que para analizar el fenómeno del cambio de circunstancias durante la ejecución de un Programa de Cumplimiento, debe atenderse fundamentalmente al criterio de eficacia porque es aquel que debe ocuparse específicamente de los efectos del incumplimiento ambiental imputado al presunto infractor, tanto respecto de la normativa ambiental, como de los efectos negativos generados al medio ambiente. En consecuencia, las actitudes que puede tomar la Superintendencia del Medio Ambiente ante el cambio de circunstancias podrán ser las siguientes: declarar la invalidez del acto por haberse incurrido en algún vicio de legalidad; declarar el decaimiento del

³ HUTCHINSON & DUNCAN 2012, 101. Citado por: ISHWARA, 2019, 145.

acto por haberse producido hechos sobrevinientes que lo hacen imposible; modificar el acto; o bien, podrá declarar el incumplimiento de este.

I. Los planes de cumplimiento en general

Una manera para aproximarse al Derecho Ambiental en una determinada cultura legal es a través del estudio de las distintas “arquitecturas” o estrategias regulatorias que se han adoptado para enfrentar los problemas ambientales. Como explica la literatura especializada, el término arquitectura permite mostrar los pilares básicos de las normas ambientales, regulación y gobernanza, lo cual permite visualizar sus conexiones y entender la completitud del sistema jurídico ambiental⁴. Mientras que las normas ambientales refieren a las leyes dictadas por el Parlamento, la regulación es un concepto más amplio, que incluye formas de control social más flexibles, imaginativas e innovadoras, y que incumbe a los gobiernos, los mercados, empresas y terceros⁵. Por otra parte, la dogmática sobre regulación le define como:

el intento sostenido y focalizado de alterar el comportamiento de otros de acuerdo con estándares u objetivos con la intención de producir un(os) resultado(s) general(es) identificado(s), lo cual puede requerir mecanismos de establecimiento de estándares, levantamiento de información y modificación de comportamiento⁶.

Por último, vinculado él, se haya la noción de gobernanza, que para algunos autores equivale a un concepto amplio de regulación⁷, y dice relación con un cambio de paradigma para gobernar, donde se enfatiza el rol de las redes compuestas por los actores públicos y privados y, en menor grado, el sector de las organizaciones voluntarias o cuerpos intermedios⁸. En este aspecto, se ha señalado que la gobernanza ambiental implica la colaboración de los diversos actores provenientes del sector privado, público y organizaciones no gubernamentales, quienes comportándose de manera mancomunada hacia un objetivo común –o bien, negociando–, esperan alcanzar metas mucho más ambiciosas que si hubieran actuado actuando de manera individual⁹. Así, la doctrina sobre “nueva gobernanza” pretende explicar un cambio desde la tradicional forma de intervención estatal, esencialmente jerárquica y desde arriba hacia abajo, hacia una nueva forma que incluye nuevos actores¹⁰ y que promueve el empleo de herramientas legales flexibles,

⁴ GUNNINGHAM 2009, 180.

⁵ *Ibid.*, 181.

⁶ BLACK 2006, 11.

⁷ PRESTON 2019, 720 y LEE 2014, 81-82. En este artículo no se pretende hacer una revisión exhaustiva sobre la literatura de gobernanza, con todo, se sugiere consultar: RHODES 1996, 652-667; ARMSTRONG y KILPATRICK 2006, 649 y ss.

⁸ FISHER *et al.* 2019, 277.

⁹ GUNNINGHAM 2009, 203.

¹⁰ FISHER *et al.* 2019, 277.

en contraposición a aquellas que establecen mandatos concretos, como las reglas de comando y control.

Aun cuando se discute en la literatura sobre el uso apropiado de los términos gobernanza y regulación, nosotros compartimos la tesis expuesta por Preston, en el sentido de entender que un concepto amplio de regulación puede emplearse para ciertos fines como equivalente al de gobernanza, toda vez que el fin ulterior de una u otra consiste en influir o modificar el comportamiento humano para la protección ambiental o el desarrollo sustentable¹¹. Así entonces, lo esencial para nuestro argumento es examinar un fenómeno caracterizado por la irrupción de estrategias dentro del ámbito de la regulación ambiental, que incluye la participación de regulados, la comunidad afectada por intervenciones al medio ambiente y la colaboración entre estos y la Administración para la satisfacción del interés público.

Una expresión de este cambio de paradigma en la legislación chilena corresponde a los Programas de Cumplimiento (en adelante, "PdC"), el cual se introdujo al ordenamiento jurídico mediante el artículo 42 de la LOSMA¹² y es en una vía para evitar la sanción administrativa, consistente en un compromiso adoptado por el presunto infractor de normas o instrumentos de carácter ambiental, para ejecutar satisfactoriamente una serie de acciones y metas dirigidas a corregir su comportamiento antijurídico, como así también hacerse cargo de los efectos negativos al medio ambiente generados por el incumplimiento, si corresponde. Lo anterior refleja un cambio de perspectiva para tratar el incumplimiento ambiental porque dota a la autoridad ambiental de mayor flexibilidad para cumplir con su deber represivo, requiriendo necesariamente la colaboración del regulado¹³, y también de terceros afectados por la intervención al medio ambiente, al estar habilitados para actuar dentro del procedimiento administrativo sancionador como interesados, cuando se cumplan los requisitos para ello¹⁴. Por eso que en su génesis se concibió

¹¹ PRESTON 2019, 720.

¹² La ley orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) se encuentra contenida en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, cuerpo legal que a partir del año 2010 modificó sustancialmente la institucionalidad ambiental.

¹³ Algunos autores han desarrollado la idea de flexibilidad y la colaboración como rasgos del modelo de la "regulación responsable". Según esta estrategia, la exigencia de cumplimiento de la ley por parte de los órganos públicos a los regulados descansa en una pirámide, donde los mecanismos más indulgentes se ubican en la base y los más rigurosos en la punta, tales como la revocación y suspensión de autorizaciones. Este método asume que el principal objetivo de la exigencia del cumplimiento de la ley es asegurarlo y permite un enfoque de "paso a paso", donde el regulador es capaz de acercarse al infractor mediante medidas informales, y menos intrusivas, antes de aplicar sanciones. PEDERSEN 2013, 321. En Chile, Soto plantea que únicamente la aprobación por parte de la SMA de los programas de gradualidad corresponde a un ejemplo de regulación responsable, porque "no existe densidad regulatoria al efecto y, en consecuencia, la discrecionalidad del regulador será mayor", mientras que para la aprobación de los PdC deben concurrir presupuestos normativos para su aprobación. SOTO 2016, 209-210.

¹⁴ V. gr. artículo 21 de la LOSMA.

como un ejemplo de instrumento de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental¹⁵.

A nuestro juicio, es evidente que el fin último del PdC reside en la protección ambiental, en el entendido que el propósito de cualquier regulación ambiental reside en modificar la conducta humana en el sentido de impactar positivamente en la calidad o cantidad de bienes ambientales¹⁶. En esta línea de pensamiento, la doctrina nacional ha expuesto que:

la función de protección ambiental, en un sentido amplio, constituye una reacción por parte del Estado frente a la amenaza o peligro de un daño o deterioro ambiental actual, pero también importa una responsabilidad duradera y permanente para asegurar las bases de la vida de las futuras generaciones¹⁷.

De este modo, puede afirmarse que los PdC son una manifestación del principio de prevención, en el sentido que es preferible evitar los daños ambientales a remediarlos, o bien, en el caso que se constaten impactos o daños, evitar que estos se propaguen¹⁸. Lo anterior, por cuanto el presunto infractor debe hacerse cargo de todos los efectos negativos al medio ambiente derivados del incumplimiento¹⁹, lo cual implica, entonces, que se funde tanto su ocurrencia, como no ocurrencia de estos. Así entonces, no basta con la mera invitación y consecutivo compromiso del presunto infractor para volver al cumplimiento de la normativa infringida, sino que el objeto último es la protección del medio ambiente a través de acciones y metas que garanticen la indemnidad del medio ambiente. En esta línea, por lo demás, se ha pronunciado consistentemente la jurisprudencia²⁰. Adicionalmente, es esencial el rol de la cooperación entre el regulado y la Administración para la constitución del un PdC, pues el contenido de dicho mecanismo toma forma y depende significativamente del diálogo entre la autoridad ambiental y el presunto infractor en, por ejemplo, las reuniones de asistencia al cumplimiento;

¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 2010, Mensaje.

¹⁶ LIVERMORE 2007, 316.

¹⁷ BERMÚDEZ 2014b, 26.

¹⁸ DE SADELEER 2002, 61.

¹⁹ Artículos 7 y 9 del Decreto Supremo N° 30, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente.

²⁰ Corte Suprema. *Barría con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 6 (Rol N° 67.418-2106) y *Pastene con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 22 (Rol N° 11.485-2017). En el mismo sentido: Primer Tribunal Ambiental. *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), C° 224 (Rol N° R-17-2019); Segundo Tribunal Ambiental. *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), C° 49 (Rol N° R-199-2018); *Pastene con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), C° 24 (Rol N° R-170-2018); *Velozo con Superintendente del Medio Ambiente* (2018), C° 66 (Rol N° R-153-2017); *Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 14 (Rol N° R-160-2017); *López con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 19 (Rol N° R-163-2016); *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 44 (Rol N° R-132-2016); *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 42 (Rol N° R-112-2016); *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), C° 23 (Rol N° 104-2016); *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 10. (Rol N° R-75-2015).

además, para la aprobación de un PdC es esencial la provisión de antecedentes técnicos que realice el presunto infractor por cuanto se encuentra en una posición de sujeto calificado frente a la actividad que realiza y solo así podrá garantizarse que las acciones y metas son aptas para volver al cumplimiento y hacerse cargo de los efectos negativos provocados como resultado de su incumplimiento normativo. En este sentido, el profesor Jorge Bermúdez ha concebido a la cooperación como un principio en materia ambiental, que en el caso del ejercicio de la potestad sancionatoria se manifiesta precisamente en el mecanismo del PdC, resultando en “una co-determinación del contenido de la declaración que se contiene en el acto”²¹.

1. Definición legal

Los PdC están definidos en el inciso segundo del artículo 42 de la LOSMA como “el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique” (Ley N°20.417, 2010). La misma redacción es repetida en la letra g) del artículo 2 del decreto supremo N°30, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, “DS 30/2013”). De la definición legal es posible identificar los elementos constitutivos del PdC, los cuales son: i) Contenido (plan de acciones y metas); ii) Sujeto (el infractor, quien presenta el plan); iii) Plazo (tiempo dentro del cual debe cumplirse el programa) y; iv) Finalidad (cumplimiento de la normativa medioambiental)²².

Los programas de cumplimiento se caracterizan, entonces, en primer lugar, por corresponder a un instrumento de incentivo al cumplimiento de la normativa medioambiental, tal como también sucede con los mecanismos de autodenuncia y los planes de reparación²³. En segundo lugar, constituyen una solución o un término alternativo del procedimiento sancionador ambiental llevado por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”). Cuando se aprueba el PdC el procedimiento sancionatorio se suspende y, eventualmente, se extinguirá por un acto administrativo que no decidirá su objeto principal, esto es, la existencia de responsabilidad infraccional²⁴. Aquello ha llevado a sostener a la jurisprudencia medioambiental que solo el PdC, como instrumento de incentivo al cumplimiento, constituye una alternativa a la sanción administrativa frente a la inobservancia normativa²⁵ o

²¹ BERMÚDEZ 2014b, 53.

²² Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 21. (Rol N° R-68-2015).

²³ Corte Suprema. *Víctor Alejandro Barría Oyarzo con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017). C° 6 (Rol N° 67.418-2016).

²⁴ Corte Suprema. *Pastene con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 18. (Rol N° 11.485-2017).

²⁵ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 9. (Rol N° R-75-2015).

un método de término anormal de los procedimientos sancionatorios sustanciados por la SMA²⁶. Asimismo, la jurisprudencia ha observado que en caso de existir incompatibilidad entre el contenido de la resolución de calificación ambiental y el PdC, debe preferirse la aplicación de este último puesto que, de lo contrario:

implica, no sólo desconocer el espíritu de la solución colaborativa, sino derechamente desatender su tenor literal, omitiendo la satisfacción de objetivos reparatorios que el titular del proyecto se ha auto impuesto, y que constituyen la esencia de la institución en cuestión²⁷.

En tercer lugar, en los PdC destaca el espíritu colaborativo entre la autoridad y el infractor, lo cual conlleva beneficios recíprocos entre estos²⁸, así como la asignación al infractor del costo (o responsabilidad) de los efectos producidos con motivo de la infracción. En cuarto lugar, en virtud del artículo 7 del D.S. N° 30/2013, el PdC deberá contener a lo menos: a) descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos; b) plan de acciones y metas que se implementarán para satisfacer la normativa ambiental y para reducir o eliminar los efectos producidos por el incumplimiento; c) plan de seguimiento; d) información técnica y de costos estimados del PdC²⁹. Corresponderá a la SMA verificar el cumplimiento de los requisitos del PdC, pudiendo exigir al titular la presentación de los antecedentes suficientes para adoptar una correcta decisión³⁰. Por último, la satisfacción plena e integral de los PdC constituye una forma extraordinaria o anormal de poner término al procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental³¹.

2. Delimitación del concepto

a. *No es un contrato de Derecho Público*

La Administración del Estado está habilitada para celebrar diferentes tipos de contratos. Así, puede haber contratos sometidos al derecho privado (como los contratos de prestación de servicios "a honorarios"), o contratos sometidos al derecho público (como el contrato de suministro de que trata la

²⁶ Corte Suprema. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 11. (Rol N° N° 8.456- 2017).

²⁷ Corte Suprema. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 13. (Rol N° N° 8.456- 2017). Vid.: Segundo Tribunal Ambiental. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), CC° 58 y ss. (Rol N° R-112-2016).

²⁸ Segundo Tribunal Ambiental. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 41. (Rol N° R-112-2016).

²⁹ OSSANDÓN 2015, 237-242.

³⁰ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), C° 40 (Rol N° 104-2016).

³¹ OSSANDÓN 2015, 202-203.

Ley N° 19.886)³². En el caso de los contratos de derecho administrativo, Bermúdez señala que son:

un acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones³³.

De lo recientemente expuesto surge la primera diferencia entre un contrato de Derecho Público y un PdC toda vez que el primero constituye un acuerdo de voluntades, donde al menos una de las partes debe ser un órgano de la Administración del Estado, mientras que el PdC es un acto unilateral de la Administración, pues si bien materializa una situación de colaboración entre esta y el infractor, la decisión de aceptar su procedencia recae exclusivamente en la SMA, mientras que el infractor solo concurrirá con su voluntad al inicio del procedimiento, proponiendo un PdC³⁴.

Por otra parte, el PdC no constituye un contrato de Derecho Público puesto que, estos contratos buscan la obtención de algún tipo de prestación a favor de la Administración, característica que no se aprecia en el caso de los PdC. En dicho sentido, la jurisprudencia ambiental ha indicado que:

lo que caracteriza a estos instrumentos, es la colaboración entre las partes y que estos establecen beneficios recíprocos para ellas. [...] el programa de cumplimiento tiene como objetivo último la protección del medio ambiente [...] Por consiguiente, le corresponde competencialmente a la SMA la facultad de decidir su aprobación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 letra r) de la LOSMA³⁵.

b. *No son sanciones administrativas*

i. *El programa de cumplimiento es una forma de impedir la sanción administrativa*

La terminación "normal" del procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la SMA se produce con la dictación de una resolución que, pronunciándose acerca de los cargos formulados contra el presunto infractor y sus descargos, así como los medios de prueba allegados al proceso, determine la absolución o la sanción, según sea el caso. Sin embargo, para el caso de los PdC, precisamente su aprobación altera el curso normal del procedi-

³² También en nuestro derecho se habla de "convenios", como en el caso de la encomendación de gestión (artículo 37 del decreto con fuerza de Ley N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

³³ BERMÚDEZ, 2014a, 239.

³⁴ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 44 (Rol N° R-75-2015).

³⁵ *Ibid.*, C° 10.

miento administrativo sancionador. De conformidad al inciso cuarto del artículo 42 de la LOSMA, una vez aprobado el PdC se producirá la suspensión del procedimiento sancionatorio. Es decir, no habrá un acto administrativo que declare la responsabilidad administrativa del infractor ni imponga alguna de las sanciones ya indicadas, ni habrá absolución, sino que:

implica la extinción de aquél, no tanto porque decida o resuelva sobre el fin propio del procedimiento sancionador sino porque lo hace desaparecer como materia a resolver. Aquel fin, que no es otro que la apreciación de la existencia o no de una infracción, es materia sobre la que la terminación convencional no se pronuncia ni puede pronunciarse y cuya decisión en vía administrativa viene precisamente a impedir³⁶.

En palabras del Primer Tribunal Ambiental, "de ser exitoso la ejecución de [PdC], se reemplazará la resolución sancionatoria de termino, por una en virtud de la cual se tenga por cumplido satisfactoriamente el programa"³⁷. Sobre el particular, la jurisprudencia ha destacado la finalidad y objetivos tenidos a la vista para la incorporación de los mecanismos de incentivos al cumplimiento en la Ley N° 20.417³⁸⁻³⁹.

En suma, la forma tradicional de reacción de la Administración frente a incumplimientos es la imposición de sanciones, pero tratándose de los PdC podemos apreciar que estos constituyen mecanismos que precisamente suspenden tal procedimiento sancionatorio, por ende, debe descartarse que tengan la naturaleza jurídica de una sanción administrativa, aun cuando su génesis reside un procedimiento administrativo sancionador. Dicha génesis queda de manifiesto en la decisión del Primer Tribunal Ambiental, al sostener que la consulta indígena que contemplan el Convenio N°169, de la Organización Internacional del Trabajo y el Decreto Supremo N°66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social no tiene cabida en el proceso de formulación y aprobación de un PdC, toda vez que este se enmarca en un procedimiento sancionatorio y porque el legislador no ha expresamente incluido dicha consulta en la LOSMA, ni en el reglamento⁴⁰.

³⁶ LORENTE 2008, 165.

³⁷ Primer Tribunal Ambiental. *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), C° 9. (Rol N° R-17-2019).

³⁸ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), CC° 14 y 19. (Rol N° R-68-2015).

³⁹ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016). C° 17. (Rol N° R-75-2015).

⁴⁰ Primer Tribunal Ambiental. *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), CC° 37 y 47 (Rol N° R-25-2019); *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), CC° 51-52 (Rol N° R-17-2019); *Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), CC° 164-166. (Rol N° R-21-2019).

ii. *Es una medida u orden de restablecimiento de la legalidad*

La propuesta de un PdC se produce una vez que la SMA ha formulado cargos en contra del supuesto infractor, con el objeto de brindarle una oportunidad para que este pueda restablecer su conducta hacia la legalidad. Atendido que el procedimiento sancionador se suspende por la aprobación del PdC, es posible afirmar que en Chile, conceptualmente se trata de manifestaciones diversas.

La doctrina española ha señalado que mediante las medidas de restablecimiento de la legalidad la Administración, ante la realización de una conducta prohibida por ley, restablece el orden vulnerado, ordenando su paralización o incluso la reparación⁴¹. Así, típicamente una medida de restablecimiento de la legalidad es la obligación de reponer las cosas al estado anterior a la infracción⁴², que es justamente lo que hacen los PdC. Toda vez que no son sanciones no están limitadas por los mismos principios que limitan el ejercicio de la potestad sancionadora, como la culpabilidad⁴³. Ello ha sido confirmado por parte de la judicatura medioambiental⁴⁴. De esta manera, el legislador le ha entregado al infractor una herramienta para enmendar su obrar contrario a Derecho, pudiendo inclusive ser eximido de su responsabilidad administrativa si da cumplimiento cabal del PdC.

c. *No son un modo de responsabilidad ambiental*

El PdC no es el medio idóneo para hacer efectiva la responsabilidad ambiental. Por de pronto, porque no se dirige a reparar –ni en naturaleza ni en dinero– un daño causado a una persona determinada, como consecuencia de una conducta negligente⁴⁵. Con todo, hay que reconocer que puede existir impacto recíproco entre ambas técnicas, por cuanto el PdC obliga a hacerse cargo de los efectos de la infracción, pero son instrumentos jurídicos diversos⁴⁶. Enseguida, el legislador ha creado instrumentos especiales para hacer efectiva la responsabilidad ambiental y lograr la reparación que, en virtud del principio de competencia, no son de libre elección para la Superintendencia.

i. *Acción de responsabilidad*

Los programas de cumplimiento son una forma de exigir al infractor que asuma las consecuencias de su obrar, pero distinta de la contenida en los artículos 51 y siguientes de la ley N° 19.300. Este artículo 51 prescribe que “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del

⁴¹ HUERGO 2007, 249.

⁴² *Ibíd.*, 255.

⁴³ *Ibíd.*, 265.

⁴⁴ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), CC° 7 y 14. (Rol N° R-75-2015).

⁴⁵ Segundo Tribunal Ambiental. *Velozo con Superintendente del Medio Ambiente* (2018), C° 72. (Rol N° R-153-2017). En este trabajo se sigue la definición de daño ambiental, y por lo tanto de responsabilidad ambiental, empleada por Barros 2006, 787 y ss.

⁴⁶ HUERGO 2007, 267.

mismo en conformidad a la presente ley” y el artículo 53 confiere “acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”.

Cabe preguntarse si existe incompatibilidad en la aprobación de un programa de cumplimiento y la acción de reparación del artículo 53. La ley solo establece dicha restricción respecto de los planes de reparación: “No procederá la acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado cuando quien cometió el daño ejecutó satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente”.

Por lo demás, la jurisprudencia ambiental ha establecido que “la aprobación de un programa de cumplimiento no impide que, paralelamente, se persiga la responsabilidad mediante la acción de reparación de daño ambiental, ni tampoco configura un elemento necesariamente vinculante para dicho procedimiento”⁴⁷.

Igualmente, se ha discutido si el presunto infractor que haya sido acusado en la formulación de cargos de cometer una infracción gravísima porque haya causado daño ambiental, de acuerdo con el artículo 36 número 2 letra a) de la LOSMA, se encuentra habilitado para presentar un PdC. Al respecto, el Primer Tribunal Ambiental ha señalado que “no es razonable aumentar las exigencias establecidas en la LOSMA para la procedencia de un PdC, no correspondiendo a la SMA limitar el acceso a un incentivo al cumplimiento ambiental como lo es el PdC, cuyos impedimentos ya se encuentran establecidos expresamente en la LOSMA”⁴⁸.

Con todo, las exigencias impuestas en el juicio de reparación medioambiental deberían tener en consideración las medidas ejecutadas en virtud de estos programas, ya que la eliminación o reducción de los efectos negativos probablemente no estarán presentes en el medio ambiente a la época de resolverse estos procesos judiciales. Luego, aunque son instrumentos diferentes, tienen una influencia recíproca.

ii. Vínculo con los Programas de reparación

El artículo 43 dispone que “Sin perjuicio de las sanciones administrativas que se impongan, una vez notificada la resolución de la Superintendencia que pone término al procedimiento sancionador, el infractor podrá presentar voluntariamente ante ella una propuesta de plan de reparación”, por consiguiente, su presentación no procede en la época temprana de la formulación de cargos, ya que este instrumento busca más bien que el infractor asuma las consecuencias de su conducta ya una vez sancionado por la SMA. No obstan-

⁴⁷ Segundo Tribunal Ambiental. *Carrasco con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 24. (Rol N° R-116-2016).

⁴⁸ Primer Tribunal Ambiental. *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), C° 93 (Rol N° R-25-2019). En el mismo sentido: Segundo Tribunal Ambiental. *Carrasco con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), CC° 22, 23 y 24. (Rol N° R-116-2016).

te, esta clase de instrumentos sí presenta beneficios para el infractor, ya que su ejecución satisfactoria (aprobada por la SMA) extinguirá la acción de reparación medioambiental previamente comentada.

Como se puede apreciar, la presentación y aprobación de un programa de cumplimiento y de un programa de reparación son incompatibles temporalmente, ya que uno y otro pueden proponerse a la SMA en oportunidades totalmente distintas. El primero procede al momento de la formulación de cargos y el segundo una vez finalizado el procedimiento sancionatorio, de manera que es imposible su proposición conjunta o coetánea.

3. El acto administrativo aprobatorio de un plan de cumplimiento

De acuerdo con las clasificaciones tradicionales de los actos administrativos, a continuación se caracterizará, en términos generales, a la resolución que se pronuncia sobre la propuesta de un PdC.

a. *Es un acto administrativo desfavorable*

La clasificación más importante de los actos administrativos es la que atiende a su contenido según si es favorable o desfavorable. La importancia de esta clasificación es que tratándose de los actos favorables –constitutivos o declarativos de derechos o intereses– la ley impide su revocación de oficio. Ahora bien, la resolución que se pronuncia sobre la propuesta de un programa de cumplimiento puede ser entendida como un acto positivo, porque acoge una propuesta del particular, y porque suspende la tramitación del procedimiento sancionador. Creemos que esa aproximación es errónea. En rigor, si se atiende al contenido del acto administrativo es un acto de contenido negativo o desfavorable porque impone cargas o deberes sobre el interesado⁴⁹⁻⁵⁰. Por lo tanto, como se verá más adelante, es un acto que puede ser modificado o revocado, dadas las condiciones necesarias.

b. *Es un acto administrativo constitutivo*

Es un acto configurador o constitutivo de nuevas obligaciones⁵¹. No se limita a “declarar” las obligaciones, deberes y cargas ya preconfiguradas en la normativa medioambiental⁵², así, la resolución puede imponer órdenes y prohibiciones que innovan en la esfera jurídica del destinatario.

c. *Es un acto administrativo necesitado de colaboración*

Además, es un acto administrativo necesitado de colaboración. Si bien es un acto unilateral de la Administración, tiene como supuesto el que el

⁴⁹ GALLEGO y MENÉNDEZ 2001, 65.

⁵⁰ La clasificación puede estar complejizada por el hecho de que la resolución puede producir efectos frente a terceros interesados que no se apersonan en el procedimiento administrativo, o también porque ante el destinatario directo producen efectos mixtos. BOCANEGRA 2006, 50-51.

⁵¹ *Ibid.*, 54-55.

⁵² GALLEGO y MENÉNDEZ 2001, 69.

interesado –presunto infractor– haya efectuado una propuesta previa a la Superintendencia⁵³. Y es que, la judicatura medioambiental ha señalado que la facultad exclusiva del regulado para presentar el PdC se funda en que, su aprobación le impone cargas que requieren de una manifestación de voluntad previa de este⁵⁴⁻⁵⁵.

Dicha colaboración se manifiesta también en el principio de contradictoriedad que prevé el artículo 10 de la LBPA, permitiéndose al interesado “en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”, y como contrapartida, en el deber de asistencia al regulado de la SMA que contempla el artículo 3 letra u) de la LOSMA, en relación con el artículo 3 del DS 30/2013. Sobre ello, la jurisprudencia ha determinado que el deber de asistencia se satisface, entre otros, mediante la convocatoria a reuniones, reportes de observaciones a versiones anteriores de PdC presentado por el titular del proyecto⁵⁶.

d. *Es un acto administrativo discrecional*

i. *No existe un derecho a obtener un pronunciamiento favorable*

Finalmente, es un acto discrecional, no reglado. El interesado que hace una propuesta, cumpliendo con los requisitos legales, no tiene un derecho a que este sea aprobado. La Superintendencia puede decidir, por razones de política represiva, continuar con el procedimiento sancionador, o aprobar el programa de cumplimiento, según lo que en cada momento estime que promueve de mejor manera el cumplimiento ambiental (el interés público).

Sin embargo, en cuanto acto discrecional está sometido al control de ciertos elementos que deben concurrir, no pudiendo “exigir requisitos o imponer criterios que no estén expresamente regulados en la normativa”⁵⁷. En este sentido es reveladora la afirmación de Gallego: “[L]a vinculación de la actividad de la Administración al Derecho en estos casos en que la norma le otorga competencias discrecionales se consigue mediante el contrapeso que supone la imposición del deber de motivar y justificar suficientemente esas decisiones”⁵⁸.

En términos muy simples es posible afirmar que el ejercicio de las potestades discrecionales se puede controlar, a través del control de su motivación⁵⁹,

⁵³ *Ibíd.*, 70-71.

⁵⁴ Segundo Tribunal Ambiental. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 45 (Rol N° R-112-2016).

⁵⁵ BOCANEGRA 2006, 60-61.

⁵⁶ Primer Tribunal Ambiental. *Interchile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), C° 18 (Rol N° R-4-2018).

⁵⁷ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 11. (Rol N° R-75-2015).

⁵⁸ GALLEGO y MENÉNDEZ 2001, 85.

⁵⁹ CORDERO 2015, 86-95.

sobre la base de dos criterios: i) Por una parte, los tribunales ambientales pueden examinar la proporcionalidad, que como juicio de control se integra de tres sub-juicios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida en cuestión). ii) Por otra parte, pueden examinar la razonabilidad del acto, es decir, la coherencia interna de la decisión y análisis del proceso de tomarse la decisión.

ii. *Criterios de aprobación*

La SMA debe observar 3 criterios mínimos para la aprobación de un PdC, estos son: a) integridad, b) eficacia, c) verificabilidad⁶⁰, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 9 letras a), b) y c) respectivamente, del DS 30/2013.

En virtud del criterio de integridad, la SMA debe verificar que las acciones y metas propuestas en el PdC deben referirse a todos los hechos infraccionales y sus efectos, los cuales deben coincidir con los cargos que se han formulado en contra del infractor en un determinado procedimiento sancionatorio⁶¹, pues en caso contrario, existiría falta de coherencia y congruencia entre la resolución que aprueba el PdC y aquella que formula los cargos⁶². En concordancia, se ha enfatizado en que no constituye una facultad de la SMA, ni del regulado determinar qué cargos se incorporan al programa⁶³. En un sentido amplio, el criterio de integridad implica que “debe existir una cierta coherencia entre la descripción de los hechos constitutivos de infracción y la forma de subsanarlos con las acciones y metas propuestas”⁶⁴. Según el Segundo Tribunal Ambiental implica que:

el infractor describa los efectos que se derivaron de los hechos, actos u omisiones que fueron parte de la formulación de cargos, ya que solo de esta forma se pueden conocer las consecuencias directas de las infracciones en el medio ambiente. Para el caso que estime que no concurren efectos, deberá señalar las razones de su ausencia, con un nivel de detalle que dependerá de las características del caso concreto, lo que deberá ser refrendado por la SMA para permitir su aprobación⁶⁵.

Desde ya se aprecia la importancia de este criterio, pues solo sí se describen de manera completa y fundada (primordialmente mediante evidencia

⁶⁰ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 24. (Rol N° R-68-2015).

⁶¹ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 25 (Rol N° R-68-2015); *Carrasco con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), C° 29 (Rol N° R-116-2016); Tercer Tribunal Ambiental. *Barría con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 7 (Rol N° R-36-2016).

⁶² Tercer Tribunal Ambiental. *Sepúlveda y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 18 (Rol N° R-40-2016).

⁶³ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), C° 36 y C° 44 (Rol N° R-75-2015).

⁶⁴ OSSANDÓN 2015, 244.

⁶⁵ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), Cons. 22 (Rol N° R-170-2018).

técnico-científica), podrá evaluarse si las acciones propuestas cumplen con el criterio de eficacia a la luz de la protección ambiental. En este sentido, la jurisprudencia ambiental ha acentuado que el examen de los efectos al ambiente derivados del incumplimiento ambiental debe considerar las especiales características del lugar donde se emplaza el proyecto, por ejemplo, su valor ambiental y su valor para comunidad indígena, –lo cual denota la complejidad de los problemas ambientales⁶⁶– y cómo todos los elementos del problema ambiental detectado deben ser considerados por el presunto infractor a la hora de presentar su PdC:

[...] es un requisito esencial para aprobar un PdC, que tanto la CMIDC [Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi] como la SMA, identifiquen y aborden íntegramente todos los efectos, así como todas las acciones y metas vitales y plausibles para volver al cumplimiento ambiental, resguardando con ello el bien protegido del acuífero, la vertiente Jachucoposa y sus cuerpos lagunares de la cuenca del Salar de Coposa, como si interacción con la biodiversidad y las zonas de pastoreo ancestral de la Asociación Aymara de Coposa; más aun siendo este un Sitio Prioritario para la Conservación y en un escenario de cambio climático⁶⁷.

Por su parte, el criterio de eficacia implica que en el PdC “el infractor no solo tiene la obligación de volver al cumplimiento ambiental, sino que, juntamente con ello, debe hacerse cargo de los efectos de las infracciones cometidas.”⁶⁸ La doctrina nacional ha estimado que este criterio de aprobación es el de “mayor complejidad” de los tres⁶⁹, por cuanto debe considerar el binomio “infracción-efecto”, donde los efectos podrán ser apreciados con un mayor grado de discrecionalidad⁷⁰ por la autoridad ambiental, dado que el reglamento establece que las acciones y metas del programa deben, entre otras cuestiones, “contener y reducir o eliminar” los efectos de los hechos que constituyen la infracción. De este modo, la Administración podrá considerar cumplido el requisito de eficacia tanto porque las acciones propuestas por el titular del proyecto contengan y reduzcan los efectos de la infracción, o bien, porque los elimina.

El tercer criterio de aprobación es el de verificabilidad, en cuya virtud, las metas y acciones del programa deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento⁷¹. La Superintendencia deberá observar el

⁶⁶ FISHER 2013, 349-351.

⁶⁷ Primer Tribunal Ambiental. *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), Cons. 228. (Rol N° R-25-2019).

⁶⁸ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), Cons. 26 (Rol N° R-68-2015); *Veloza con Superintendente del Medio Ambiente* (2018), Cons. 86 y 87. (Rol N° R-153-2017).

⁶⁹ HERVÉ y PLUMER 2019, 36.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Vinícola Miguel Torres S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), Cons. 27 (Rol N° R-68-2015).

plan de seguimiento y su cronograma de acciones y metas para dar por acreditado el cumplimiento de este criterio⁷².

e. *Es un acto administrativo de trámite. Impugnabilidad*

De acuerdo con el artículo 15 LBPA los actos administrativos impugnables son los actos definitivos, es decir, los que deciden la cuestión de fondo (artículo 41 LBPA). En cambio, en contra de los actos de trámite solo procederán recursos bajo circunstancias calificadas, a saber, "cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión."⁷³ Bajo lo indicado corresponde definir a qué categoría corresponde la resolución que aprueba o rechaza un programa de cumplimiento, sobre todo considerando que su aprobación por la SMA produce la suspensión del procedimiento sancionatorio.

Al respecto, la jurisprudencia judicial ambiental ha reiterado que corresponde a un "acto trámite cualificado", ya que no pone término al procedimiento administrativo, lo suspende, pero a la vez la ley hace imposible su prosecución. Ha establecido que "la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto de mero trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión... Es un acto recurrible –mediante recurso de reposición– y objeto de control judicial"⁷⁴.

En virtud de lo reseñado, proceden contra la resolución que aprueba o rechaza un programa de cumplimiento, tanto los recursos administrativos como el de reposición, así como el reclamo de ilegalidad de competencia de los Tribunales Ambientales (artículo 17 N° 3 ley N° 20.600 en relación con artículo 56 LOSMA), aun cuando no estemos ante un acto definitivo, puesto que si bien el acto en cuestión no produce el término del procedimiento administrativo, puede impedir su continuación o provocar indefensión.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación activa para reclamar la resolución que aprueba o rechaza un PdC, se ha asentado en la jurisprudencia que dicha calidad se vincula con el procedimiento administrativo sancionador que

⁷² OSSANDON 2015, 246.

⁷³ CORDERO 2015, 254.

⁷⁴ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), Cons. 18 (Rol N° R-82-2015 [acumulada con R-100-2016 y R-119-2016]); *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), Cons. 11 (Rol N° R-132-2016); *Veloza con Superintendente del Medio Ambiente* (2018), Cons. 68 (Rol N° R-153-2017). En el mismo sentido: Primer Tribunal Ambiental. *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), C° 28 (Rol N° R-25-2019); *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), Cons. 29 (Rol N° R-17-2019). De la opinión contraria es Jorge Ossandón, quien sostiene que es improcedente el recurso de reposición, pues tal como se desprende de su definición legal, tal recurso se aplica solo en aquellos casos en que se sanciona, luego el PdC no tendría naturaleza de sanción. También dispone que, igualmente es improcedente el recurso jerárquico, y solo podría interponerse la reclamación ante el tribunal ambiental. OSSANDON 2015, 253-260.

le ha dado origen, conforme a la lectura de los artículos 18 N° 3 de la Ley N° 20.600 y 56 de la LOSMA. De igual modo, es fundamental lo dispuesto por el artículo 21 de la LOSMA, el cual prevé que, si un procedimiento administrativo sancionador se iniciare por denuncia, entonces el denunciante tendrá para todos efectos legales la calidad de interesado en el respectivo procedimiento. De este modo, la jurisprudencia ha entendido que el denunciante tendrá la calidad de directamente afectado, por lo tanto, de legitimación activa para reclamar la resolución que apruebe un PdC⁷⁵ o aplique una sanción⁷⁶.

También podrían ejercerse otras formas de revisión de la legalidad del acto administrativo a través de solicitudes de invalidación (artículo 53 LBPA) o el recurso extraordinario de revisión (artículo 60), o incluso una petición ante la Contraloría General de la República solicitando su pronunciamiento sobre la ilegalidad del acto.

f. Es un acto administrativo sujeto a plazo

De acuerdo con el artículo 42 inciso sexto el plazo es un elemento o cláusula necesaria⁷⁷ de la resolución que aprueba un PdC. El artículo 9 inciso tercero DS 30/2013 es más explícito al señalar que "la resolución establecerá los plazos dentro de los cuales deberá ejecutarse el programa". En este sentido el PdC es un acto administrativo con efectos prolongados que establecen una relación duradera⁷⁸. Es posible afirmar que se trata de un plazo discrecional, pues la ni la ley ni el reglamento fijan una duración estricta. Tampoco señalan rangos mínimos o máximos. Se trata, por lo tanto, de un elemento discrecional del acto administrativo.

Ahora bien, pueden señalarse los siguientes criterios que deberán guiar su determinación. Ante todo, de los criterios de eficacia y verificabilidad se desprende que el plazo debe ser el necesario para lograr el cumplimiento de la normativa ambiental, buscando que sea el más corto posible. Por ejemplo, se ha fallado que:

el deber de apoyo de la SMA a los administrados, sobre la revisión de programas de cumplimiento, deben ser razonables, concretos y proporcionales al tipo, tiempo y envergadura del proyecto de que se trate, siendo cada caso revisado y asistido en su mérito [...] siendo un proyecto cuya ejecución es acotada (18 meses), lógico es asumir que los abordajes de incumplimiento, como los instrumentos alternativos deben ser

⁷⁵ Corte Suprema. *Pastene con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), Cons. 29 (Rol N° 11.485-2017). En el mismo sentido: Segundo Tribunal Ambiental. *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), Cons. 8-9 (Rol N° R-199-2018); *Carrasco con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), Cons. 9 (Rol N° R-116-2016); *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), Cons. 34 (Rol N° R-132-2016); *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), Cons. 9 (Rol N° 104-2016).

⁷⁶ Segundo Tribunal Ambiental. *Cruz con Superintendencia del Medio Ambiente* (2014), Cons. 10-12 (Rol N° R-6-2013). Al respecto, consultar: Hunter 2014, 259-270.

⁷⁷ GALLEGO y MENÉNDEZ 2001, 110.

⁷⁸ BOCANEGRA 2006, 56-57y 92.

revisados y zanjados al menor plazo posible a fin que el proyecto vuelva a su condición de normalidad según lo exigido por la RCA⁷⁹.

Enseguida, la ley prohíbe que el PdC tenga una finalidad “manifiestamente” dilatoria (artículo 9 inciso segundo DS 30/2013)⁸⁰.

Finalmente, toda vez que el plazo de prescripción de la responsabilidad administrativa del presunto infractor es de tres años, podría pensarse que ese debe ser el plazo máximo de duración de un PdC. De este modo, si el presunto infractor propone un plazo de ejecución del PdC superior a tres años, la SMA debiera rechazarlo. Sin embargo, si estimamos que la resolución que aprueba un PdC suspende el procedimiento administrativo sancionador, entonces, la prescripción permanece interrumpida hasta que no se dicte la resolución que declara cumplido (o incumplido) el PdC). Esta interpretación permite, además, que el PdC se adapte a la realidad de los diferentes procesos productivos que enfrenta cada industria.

II. Impacto del cambio de circunstancias

Durante la ejecución del PdC pueden acontecer circunstancias de hecho que no fueron previstas al momento de la formulación este. Sobre concepto de previsibilidad, la dogmática civilista lo ha desarrollado como presupuesto del juicio de culpabilidad en el marco de la responsabilidad extracontractual, indicado que:

[l]a previsibilidad no hace referencia a un fenómeno psicológico, sino a aquello que debió ser previsto, atendidas las circunstancias. Como ocurre en general con los elementos del juicio de negligencia, la previsibilidad se valora en abstracto, considerando el discernimiento de una persona diligente⁸¹.

Así entonces, la previsibilidad es un rasgo que permite distinguir si se está frente a un eximente de responsabilidad, como lo es el caso fortuito. En este mismo sentido Tapia considera que la imprevisibilidad en su entendimiento contemporáneo y relativo invoca “a una representación mental y anticipada de que ciertos hechos pueden ser las probables consecuencias de ciertas causas”, de lo que se sigue que su apreciación debe efectuarse en abstracto, sobre la base del modelo de una persona diligente, en consideración a sus circunstancias⁸². Tales categorías jurídicas pueden servir a nuestro caso de estudio pues el advenimiento de nuevas circunstancias durante la ejecución del PdC puede resultar en la imposibilidad absoluta de continuar

⁷⁹ Primer Tribunal Ambiental. *Interchile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), Cons. 19 (Rol N° R-4-2018).

⁸⁰ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), Cons. 26 (Rol N° 104-2016); Primer Tribunal Ambiental. *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), Cons. 93 (Rol N° R-25-2019).

⁸¹ BARROS 2006, 90.

⁸² TAPIA 2020, 30.

con su ejecución, tal como acontece con la fuerza mayor o caso fortuito, o bien, pueden resultar en que aun cuando no sea imposible la ejecución del plan, este se deba realizar conforme a acciones que no fueron previstas en el PdC aprobado, afectando la eficacia de este.

Existen diferentes factores que hacen del PdC un instrumento sensible al cambio de circunstancias. Primero, como ya se ha dicho, la falta de certeza acerca de los efectos de la infracción ambiental, especialmente, la visión parcial que se tiene en ese momento de cómo se desencadenaron los cursos causales. Segundo, el hecho de que el instrumento se ejecutará a lo largo de un determinado plazo que puede llegar a ser de varios años de duración. Tercero, las asimetrías de información.

1. La eficacia como criterio esencial en los Planes de Cumplimiento

En principio, el acto administrativo que aprueba el programa de cumplimiento vincula no solo a su destinatario –el presunto infractor que lo propuso– sino que también a la SMA⁸³. Con todo, evidentemente no se trata de que exista una especie de “cosa juzgada” del acto administrativo. Este es esencialmente revisable: “como medio de configuración orientado al futuro debe más bien adaptarse a las circunstancias cambiantes”⁸⁴.

a. *Cómo deben enfrentarse los efectos*

En virtud del criterio de eficacia los PdC deben preocuparse específicamente de enfrentar los efectos del incumplimiento ambiental imputado al presunto infractor. En tal sentido, la justicia ambiental ha sostenido que la descripción detallada de los efectos constituye un requisito mínimo de contenido del PdC, cuya ausencia o insuficiencia permite rechazar su procedencia⁸⁵. Por lo mismo es relevante detenerse a explicar cómo deben tratarse los efectos en la resolución que aprueba el PdC. A continuación, haremos algunas recomendaciones, precisamente para optimizar esta dimensión de los planes de cumplimiento, teniendo especial consideración en la necesidad de fundamentar de manera completa y coherente el acto administrativo aprobatorio.

En primer lugar, desde el punto de vista formal, resulta aconsejable que se incluya un considerando especial relativo a los efectos de la infracción, que como ya revisamos se contiene como el criterio de integridad. En segundo lugar, también es útil describir los efectos declarados por el proponente y cómo han sido abordados adecuadamente, a través de un detalle de las acciones. En tal sentido, el infractor deberá señalar los efectos de sus infrac-

⁸³ “El acto administrativo como regulación de autoridad debe ser vinculante y duradero, debe obtener estabilidad jurídica. Esto se deriva ya del carácter regulador del acto administrativo, ya que una regulación que fuera disponible a voluntad carecería de sentido y de valor. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta la función clarificadora y estabilizadora del acto administrativo, que tiene su fundamento, a su vez, en la seguridad jurídica”. MAURER 2011, 299.

⁸⁴ *Ibid.*, 300.

⁸⁵ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), Cons. 41 (Rol N° R-75-2015).

ciones y/o ausencia, realizando una debida justificación de por qué no se han producido estos. Y es que, solo por medio de una adecuada descripción de los efectos se podrá evaluar si las acciones y metas propuestas en el PdC cumplen con la obligación de “reducir o eliminar” dichos efectos⁸⁶.

En tercer lugar, para darle la mayor eficacia al instrumento también resulta recomendable otorgar la oportunidad de subsanar el PDC propuesto. Esta oportunidad permite al titular proponer acciones y metas que sean susceptibles de ser cumplidas, y acentúa la discrecionalidad del instrumento. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha dispuesto que la SMA tiene la facultad de complementar los PdC cuando estos no satisfacen los criterios de aprobación, ya individualizados⁸⁷.

En cuarto lugar, es importante destacar que el reglamento supone que los efectos puede que no se eliminen por completo, como ya comentamos más arriba. En efecto, del artículo 9º letra b) se desprende que un PdC será eficaz si las acciones y metas se dirigen satisfactoriamente a: i) En relación con la legalidad ambiental: asegurar el cumplimiento de la normativa infringida. Desde luego, esta es una finalidad prospectiva. Existe una infracción imputada y el interesado se compromete en el futuro a cumplir cabalmente. ii) En relación con los efectos de la infracción: ante todo, siempre el PdC debe al menos contener los efectos de los hechos que constituyen la infracción (corresponde al criterio de integridad) y, para ser eficaz, debe contener un plan de acciones y metas que sean aptos para cumplir con la normativa ambiental y medidas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento. No puede tolerarse un PdC que agrava la situación previa. Sin embargo, es posible que los efectos no puedan eliminarse por completo, por lo que la normativa acepta que un PdC sea eficaz si: a) Elimina los efectos, siempre que sea posible, o, b) Al menos los reduce, cuando la eliminación no sea posible.

b. Nivel de certeza exigible

Los PdC, por la etapa en el procedimiento que se plantean, necesariamente tendrán elementos probatorios precarios. No es posible exigirle a los PdC el nivel de certeza que sí se exige a la sanción o al dictamen del instructor⁸⁸. Puesto que la existencia de la infracción solo es probada “superficialmente” la SMA no requiere tener certeza de la infracción para aprobar el PdC, sino que,

⁸⁶ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), Cons. 27 (Rol N° 104-2016).

⁸⁷ Corte Suprema. *Barría con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), Cons. 7 (Rol N° 67.418-2106).

⁸⁸ Por ejemplo, el Segundo Tribunal Ambiental ha diferenciado el sistema de evaluación de impacto ambiental y el PdC en cuanto a la profundidad del análisis técnico que les son propio, en el entendido que aquel del SEIA es más profundo y robusto que aquel del PdC, porque este último debe presentarse dentro del plazo de 10 días desde la notificación de la formulación de cargos. Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), Cons. 132 (Rol N° R-160-2017).

operará en base a la existencia de indicios. Así lo ha dispuesto el Segundo Tribunal Ambiental al señalar que, el incumplimiento de las normas o medidas destinadas a minimizar o eliminar efectos adversos permite presumir que estos se han producido, siendo carga del titular del proyecto desvirtuar aquello⁸⁹.

Con todo, el nivel de certeza exigible es discutible. Por ejemplo, el Primer Tribunal Ambiental ha sentenciado que la autoridad debe considerar el principio precautorio para aquellos casos en que no exista certeza científico-técnica respecto de los efectos al medio ambiente derivados del incumplimiento ambiental⁹⁰, como fundamento para acoger una reclamación interpuesta en contra de una resolución que aprobó un PdC. Por otro lado, el Segundo Tribunal Ambiental manifestó que es errónea la interpretación de la SMA sobre el nivel de certeza requerido para determinar que el presunto infractor deba hacerse cargo de los efectos derivados del incumplimiento ambiental, porque ello no implica eliminar por completo los espacios de incertidumbre, "sino que hacer un análisis razonable que permita descartar que los efectos principales han sido abordados y cubiertos"⁹¹.

Es necesario destacar que el razonamiento expuesto por el Segundo Tribunal Ambiental se enmarca en la discusión acerca de si es procedente incluir como acción dentro de un PdC, el ingreso de un proyecto o parte de este al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para incumplimientos complejos. En el caso expuesto, el Tribunal con sede en Santiago concluyó que dicha acción es procedente, porque de lo contrario, la SMA estaría estableciendo un requisito ajeno a la ley o al reglamento para la procedencia de los PdC⁹². En cambio, el Primer Tribunal Ambiental, señaló que la acción consistente en el ingreso al SEIA es inidónea para contener, reducir o eliminar los efectos negativos derivados del incumplimiento ambiental, no dándose así cumplimiento a los criterios de integridad y eficacia⁹³. A su turno, el Tercer Tribunal Ambiental ha determinado que respecto a si el ingreso al SEIA se llevará a cabo mediante declaración de impacto ambiental o estudio de impacto ambiental, basta la declaración judicial efectuada por el presunto infractor en la audiencia de alegatos para obligarse a la segunda opción⁹⁴.

⁸⁹ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), Cons. 38 (Rol N° 104-2016).

⁹⁰ Primer Tribunal Ambiental. *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), Cons. 177-181 (Rol N° R-17-2019).

⁹¹ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), Cons. 133. (Rol N° R-160-2017).

⁹² Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), Cons. 135 (Rol N° R-160-2017). En el mismo sentido: Segundo Tribunal Ambiental. *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), Cons. 142 (Rol N° R-199-2018), oportunidad en que se aprobó como acción y meta de un PdC la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

⁹³ Primer Tribunal Ambiental. *Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), Cons. 177 (Rol N° R-17-2019).

⁹⁴ Tercer Tribunal Ambiental. *Corporación Puelo Patagonia con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), Cons. 18 (Rol N° R 28-2016).

c. *Etapas de la ponderación de los efectos*

Es posible distinguir tres etapas en relación con el análisis de los efectos de la presunta infracción ambiental sometida a un PdC: al momento de la formulación de cargos, antes de la aprobación del PdC y durante su vigencia.

i. *Al momento de la formulación de cargos*

Al momento de formularse los cargos, existirá prueba indiciaria de la existencia de una infracción. No es posible contar con pruebas concretas, por definición, pues no se ha verificado la etapa de instrucción del procedimiento donde dicha prueba se rinde.

ii. *Antes de la aprobación de un PdC*

En primer lugar, toda vez que, con la propuesta que hace el presunto infractor, se abre una fase de colaboración recíproca entre él y la SMA⁹⁵, resulta aconsejable que se efectúen diligencias útiles y suficientes que permitan establecer las infracciones normativas y mitigar sus efectos. En segundo lugar, es importante recordar que una vez que los efectos quedan incorporados en la resolución, la SMA hace propia dicha consideración. Por lo tanto, es aconsejable que la resolución sea explícita en cuanto al conocimiento que se tiene, en ese momento, por parte de la SMA al momento de aprobar el PdC y por qué:

[l]a exigencia de fundamentar una resolución implica que la autoridad debe indicar en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, siendo '[...] el fin de la fundamentación no es otro que permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones'⁹⁶

y que

[L]a resolución impugnada carece de la debida fundamentación para justificar, en términos generales, por qué el programa presentado por Minera La Florida Limitada cumplía con los requisitos para ser aprobado, incurriendo con ello la SMA en un vicio de legalidad⁹⁷.

En consecuencia, la falta de motivación en la decisión de la SMA sobre procedencia o cumplimiento de un PdC podrá constituir un vicio de legalidad del acto, si fuese esencial. Además, se exige que la falta de motivación sea manifiesta, y que no se desprenda de otros hechos⁹⁸.

⁹⁵ Segundo Tribunal Ambiental. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), Cons. 38 (Rol N° R-112-2016).

⁹⁶ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), Cons. 30 (Rol N° 104-2016).

⁹⁷ *Ibid.*, cons. 31.

⁹⁸ Segundo Tribunal Ambiental. *Ecomaule S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), cons. 21 (Rol N° R-112-2016).

En tercer lugar, cabe recordar que la resolución aprueba tanto metas como las acciones que llevarán a cumplirlas. Sin embargo, no debe olvidarse que las acciones estarán relacionadas directamente con decisiones que, ante todo, le corresponden a la empresa y que no es responsabilidad de la SMA adoptar una decisión respecto de ellas pues solo indirectamente se relacionan con el cumplimiento de la legalidad ambiental. Por tanto, el análisis de la SMA debiese estar referido a las metas a cumplir.

Finalmente, en relación con la reunión de antecedentes adicionales:

pese a que las observaciones y correcciones de oficio realizadas por la SMA sean una práctica habitual –observada en cerca del 80% de los casos informados (...) la entidad fiscalizadora no tiene una obligación legal de realizar dichas observaciones o correcciones, encontrándose plenamente facultada para rechazar de plano un programa de cumplimiento, en caso de estimar que este no cumple los criterios de aprobación⁹⁹.

iii. Después de aprobado un PdC

Una vez aprobado un PdC puede ocurrir que el desenvolvimiento de los efectos de la infracción sea distinto a los previstos. En tal caso, el acto administrativo debe ser corregido para adecuarse a la realidad. Así la Administración podrá: i) Declarar la invalidez del acto por haberse incurrido en algún vicio de legalidad. Si los hechos no eran efectivos al momento de dictarse el acto administrativo, este carece de causa. ii) Declarar el decaimiento del acto por haberse producido hechos sobrevinientes que lo hacen imposible. iii) Modificar el acto administrativo, Sin embargo, se debe considerar que estas medidas son excepcionales. iv) Declarar el incumplimiento del PdC, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en él. Sobre estas dos últimas opciones ahondaremos más adelante.

d. Los efectos que deben ser descritos en el PdC

i. Los efectos a describir

En principio el PdC debe incluirse todos aquellos efectos que recaigan sobre el medio ambiente o en la salud de las personas, que consten en la etapa preliminar o los que son comunicados al momento de resolver. Desde que estos son incorporados en la resolución que aprueba el PdC la SMA los hace propios, por lo que serán examinados en una eventual revisión de legalidad.

ii. La carga de la prueba

La resolución que aprueba el PdC persigue una finalidad colaborativa y no represiva, buscando la restitución de la legalidad, lo que implica que es necesario señalar metas y acciones que se deriven de la normativa ambiental. En

⁹⁹ Segundo Tribunal Ambiental. *Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), cons. 44. (Rol N° R-82-2015 [acumulada con R-100-2016 y R-119-2016]).

tal sentido, la carga de probar los efectos sobre el medio ambiente, y la utilidad de las acciones para alcanzar un cumplimiento de la normativa ambiental corresponde ante todo al presunto infractor, que es el titular del proyecto o iniciativa¹⁰⁰. En efecto, el literal a) del artículo 7 del D.S. N° 30 de 2012 prevé que el titular de un proyecto debe desarrollar en su PdC la descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos. Mientras más acento se ponga en las acciones, la SMA más se hace responsable de lo resuelto.

Con todo, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental ha puntualizado que es deber de la SMA exigir al titular del proyecto mayores antecedentes para descartar la presencia de efectos negativos ambientales a consecuencia de los incumplimientos, y no al reclamante:

no se está exigiendo que se realicen 'ejercicios imposibles para levantar relaciones de causalidad', sino que, simplemente, requerir al titular –dada la naturaleza de los incumplimientos– argumentos y fundamentos técnicos suficientes que permitan razonablemente entender por qué no se produjeron efectos negativos con dichos incumplimientos, cuando lo esperable era que sí se produjeran [...] Se trata, por tanto, de un deber que recae directamente en la SMA, quien debe velar porque el programa de cumplimiento aprobado cumpla con la función de protección al medio ambiente, motivo por el cual no corresponde al reclamante de autos –dada las características de los incumplimientos imputados– acreditar que se presentaron efectos negativos por los incumplimientos contenidos en la formulación de cargos¹⁰¹.

La Corte Suprema al fallar los recursos de casación interpuestos en contra de esta sentencia afirmó que:

es el sujeto pasivo del procedimiento administrativo sancionador quien debe incorporar en el PdC todos los antecedentes que permitan a la autoridad establecer la veracidad de su afirmación respecto de la inexistencia de efectos, toda vez que es él quien pretende eximirse de la imposición de una sanción¹⁰².

Igualmente, el Primer Tribunal Ambiental ha estimado que si bien la SMA –al aprobar un PdC– tiene discrecionalidad para evaluar la información proporcionada por el presunto infractor, el no considerar la opinión de otros órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental puede resultar en una decisión infundada ya que:

¹⁰⁰ Segundo Tribunal Ambiental. *Pastene con Superintendente del Medio Ambiente* (2017), cons. 27 y 38. (Rol N° 104-2016.)

¹⁰¹ *Ibid.*, cons. 39-40.

¹⁰² Corte Suprema. *Pastene con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), cons. 13 (Rol N° 11.485-2017).

la carencia de una visión sectorial, como la que aportan estos servicios públicos [SAG, CONADI y DGA], restringiendo la competencia específica técnico-legal y debida coordinación de estos para realizar una evaluación integral y sistémica de los efectos, acciones y metas que se especifican en el PdC propuesto y aprobado¹⁰³.

Cabe agregar que, la judicatura medioambiental ha señalado en diversas oportunidades que la presentación de un programa de cumplimiento no constituye un mecanismo de autoincriminación del supuesto infractor, toda vez que la LOSMA no exige (tampoco lo hace el D.S. N° 30 de 2012) como requisito para la presentación de un PdC que el regulado acepte responsabilidad, la cual deberá determinarse en el procedimiento sancionatorio respectivo¹⁰⁴.

2. Caminos que puede tomar la SMA frente al cambio de circunstancias

Como ya adelantamos, la SMA podrá declarar la invalidez del acto por haberse incurrido en algún vicio de legalidad; declarar el decaimiento del acto por haberse producido hechos sobrevinientes que lo hacen imposible; modificar el acto administrativo que aprueba un PdC; y declarar el incumplimiento del PdC, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en él. Con todo, profundizaremos en los dos últimos caminos, atendido que la fundamentación técnico-ambiental y jurídica de las respectivas resoluciones presenta mayores dificultades y puede ser de mayor complejidad que las otras. A nuestro juicio, es preferible optar por modificar la resolución que aprueba un PdC, atendiendo a una interpretación finalista del artículo 42 de la LOSMA, en el sentido de dotar de eficacia al mecanismo de incentivo al cumplimiento creado por el legislador. Además, no es baladí considerar los recursos públicos que se han destinados a la satisfacción de un interés público, que en este caso se trata de la protección del medio ambiente, necesarios para la adopción de una resolución que aprueba un PdC. Por último, y vinculado a lo anterior, es relevante el principio de conservación de los actos administrativos, que "obliga a conservar todos aquellos actos que sean capaces de cumplir con su finalidad, incluso en el supuesto de que hayan incurrido en alguna ilegalidad, siempre lógicamente, que la ilegalidad cometida no vulnere algunos de los intereses que el Derecho tiene encomendado proteger"¹⁰⁵.

¹⁰³ Primer Tribunal Ambiental. *Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente* (2019), cons. 205. (Rol N° R-25-2019).

¹⁰⁴ Segundo Tribunal Ambiental. *Compañía Minera Nevada SpA con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), cons. 17 (Rol N° R-75-2015); *Sociedad Contractual Minera Corporación de Desarrollo del Norte con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), cons. 31 (Rol N° R-82-2015 [acumulada con R-100-2016 y R-119-2016]); *López con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018), cons. 20 (Rol N° R-163-2016).

¹⁰⁵ BELADIEZ 1994, 69.

a. *Modificación*

En principio es posible afirmar que es un presupuesto de la resolución que aprueba un programa de cumplimiento la efectividad de los supuestos de hecho que le sirven de fundamento. Por lo tanto, si cambian las circunstancias, se debe modificar el instrumento¹⁰⁶. La modificación es, técnicamente, una revocación parcial del acto administrativo y se le deben aplicar las mismas reglas¹⁰⁷. La cuestión, en el derecho comparado está cruzada por la discusión de si es posible o no incluir una reserva de modificación en el acto administrativo¹⁰⁸, como cláusula accesoria del mismo.

Resulta discutible la pertinencia de incluir en la resolución que aprueba un PdC cláusulas de reserva de modificación explícitas. Si bien por una parte tienen la ventaja de que facilitan la dictación de un acto administrativo modificatorio, por otra parte, generan nuevos problemas. Por de pronto, pueden ser impugnadas, con lo que demoraría la adopción que un instrumento que ha de ser más eficiente que la tramitación del procedimiento sancionador. Además, puede que sean incompatibles con el interés público en el caso concreto. Es necesario puntualizar que la Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, de la SMA contempla la posibilidad de identificar “impedimentos”, los cuales pueden ocasionar la imposibilidad de ejecutar alguna acción comprometida por el titular del proyecto en el PdC¹⁰⁹. Se distinguen dos tipos, aquéllos que resultan en el retraso o suspensión temporal de la ejecución de la acción, y aquéllos impeditivos, que determinan la imposibilidad continuar con la acción comprometida. Para esto últimos, el titular debe comprometer acciones alternativas. En relación con el acontecimiento de hechos imprevistos para el cumplimiento de la acción del PdC, la SMA ordena informar a la autoridad sobre estas, para su ponderación en los reportes que deben presentarse, según los medios de verificación¹¹⁰.

Si, como se ha dicho, el acto administrativo que aprueba o rechaza el PdC es discrecional, no existe una obligación de modificarlo. Así se ha entendido, en el derecho español que nuestra LBPA sigue de forma muy cercana:

[A]unque los casos en que procede la modificación, están regulados en la Ley o son impuestos directamente por la resolución administrativa, corresponde a la Administración su apreciación: en ningún caso su concurrencia produce efectos *ipso iure*, sino que debe ser declarada por la Administración¹¹¹.

¹⁰⁶ Desde el punto de vista de la eficacia del acto administrativo la modificación es una manera de evitar su decaimiento, esto es, que se extinga porque un cambio de circunstancias lo hizo imposible. CALDERA 1979, 192-193.

¹⁰⁷ VELASCO 1996, 186-187.

¹⁰⁸ MAURER 2011. *Op. Cit.* 325.

¹⁰⁹ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE 2018, 16.

¹¹⁰ *Ibid.*, 17.

¹¹¹ GALLEGOS Y MENÉNDEZ 2001, 116.

Enseguida, cabe preguntarse cuál es el efecto que tiene la modificación. Ello depende de si el acto que aprueba el PdC es un acto favorable o desfavorable. Como hemos dicho antes, desde el punto de vista de las cláusulas que contiene el PdC es un acto administrativo desfavorable, sin embargo:

[D]esde el punto de vista del interés del ciudadano lo decisivo no es si el acto modificado es favorable o desfavorable, sino si la modificación le afecta favorable o desfavorablemente... la modificación perjudicial para el ciudadano de un acto desfavorable tiene el mismo efecto que la revisión de oficio o la revocación de un acto administrativo favorable, y análogamente en el caso de la modificación beneficiosa de un acto favorable, que afecta al ciudadano ampliando sus derechos, procede aplicar las reglas sobre la revisión de oficio [invalidación] y la revocación de actos administrativos desfavorables¹¹².

De este modo, por una parte, si la modificación es favorable, es decir, menos gravosa que el PdC originalmente aprobado, en principio es posible afirmar que es una decisión discrecional de la Administración¹¹³. Es posible prever que, en este caso, será el presunto infractor quien le propondrá a la SMA la modificación.

Ahora bien, cabe preguntarse qué pasa si la Administración ha efectuado actos que han confirmado lo actuado por el proponente. Según parte de la doctrina la modificación puede llegar a ser obligatoria¹¹⁴. Ahora bien, esa confirmación requiere una manifestación de voluntad inequívoca por parte de la Administración, y el simple conocimiento no causa esa obligación si no está acompañada de actos positivos.

Por otra parte, si la modificación es desfavorable, es decir, impone medidas más gravosas que el PdC en curso, la doctrina propone un test de ponderación entre legalidad, es decir, la obligación de restituir el cumplimiento de la normativa ambiental, y la confianza legítima del presunto infractor, que tiene una expectativa (no derecho subjetivo porque el particular no tiene derecho a la ilicitud) a que la Administración respete su resolución¹¹⁵⁻¹¹⁶. La práctica demuestra que la SMA ha estado abierta a modificar sus propios actos, por ejemplo, la jurisprudencia señaló:

el 12 de agosto de 2016, mediante resolución exenta N° 7/Rol D-018-2016, la SMA aprobó el programa de cumplimiento presentado por Codelco, corrigiéndolo de oficio en varios puntos, tal como se señala específicamente en el Resuelvo III de la citada resolución. El 19 de agosto de

¹¹² MAURER 2011. *Op. cit.*, 307.

¹¹³ *Ibid.* *Op. cit.*, 331.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, 326-327.

¹¹⁶ VELASCO, 160-161.

2016, la SMA complementó la resolución exenta N° 7, incorporando en la sección 11.4, algunos impedimentos y acciones en caso de ocurrencia¹¹⁷.

b. *Resolución que declara el cumplimiento o incumplimiento del PdC*

En virtud de lo señalado en el artículo 42 LOSMA en relación con el artículo 12 DS 30/2013, el cumplimiento satisfactorio del PdC originará la extinción del procedimiento administrativo sancionador, lo que debe ser declarado por la SMA a través de una resolución¹¹⁸. La resolución que declara el incumplimiento del PdC, técnicamente, lo que hace es declarar que la resolución que lo aprobó “caducó” por el incumplimiento por su destinatario de los deberes que imponía¹¹⁹.

En relación con ello, cabe preguntarse, en primer lugar, si puede dividirse el acto que declara el cumplimiento. En principio la respuesta debe ser negativa. Si bien la sanción administrativa es la ultima ratio –lo que nos llevaría a pensar que debe evitarse por todos los medios posibles una resolución sancionatoria– una vez que las obligaciones son fijadas por la resolución de aprobación, hay sujeción estricta a ella, tanto para la SMA como para el proponente. Esta conclusión se apoya en que el inciso sexto del artículo 42 LOSMA señala que para declarar satisfactoriamente cumplido el PdC este debe cumplirse “en los plazos establecidos y de acuerdo con las metas fijadas en él”. Además, el DS 30/2013 hace más explícito esta condición al señalar: “una vez implementadas íntegramente cada una de las acciones” (artículo 11), y “de acuerdo con las metas fijadas en el” (artículo 12). Ahora bien, este criterio puede flexibilizarse en el siguiente sentido. Lo que justifica el levantamiento de la sanción es el cumplimiento de las metas, es decir, del objetivo. De este modo, no tendría sentido aplicar la sanción si, no obstante que las acciones del PdC no se observaron estrictamente, de todos modos, se lograron las metas¹²⁰.

En segundo lugar, cabe preguntarse si, no obstante, la aprobación de un PdC puede el presunto infractor seguir adelante con su actividad. Lo cierto es que, por definición, el PdC significa que no hay cumplimiento inmediato. Habrá un periodo de tolerancia, definido por la SMA. Ello es una consecuencia del hecho que el PdC esté sometido a un plazo. Antes de que ese plazo esté cumplido existirá un incumplimiento (parcial) de la normativa ambiental hasta llegar a un cumplimiento total. En todo caso, la aprobación del PdC no es un título habilitante nuevo, que autorice al presunto infractor a cometer nuevas ilicitudes o a realizar actividades que deben someterse a otro tipo de controles administrativos o ambientales. Así, el presunto infractor debe sujetarse a la normativa ambiental aplicable. Además, debe “contener” los efectos de su

¹¹⁷ Segundo Tribunal Ambiental. *León con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), vistos, 6. (Rol N° R-132-2016).

¹¹⁸ CALDERA 1979, 184, 187 y 189.

¹¹⁹ *Ibid.*, 212.

¹²⁰ ARANCIBIA 2014, 129-147, esp. 133.

infracción. En este sentido, el PdC habilita a realizar todas las actividades que sean necesarias para “conservar” las instalaciones del presunto infractor. De ese modo podrá impedir que los efectos se propaguen. La ley no autoriza a que por acto de la SMA se deterioren las instalaciones.

En tercer lugar, cabe preguntarse qué ocurre si la infracción es no entregar información y al entregarla se detectan incumplimientos de fondo. La respuesta es que existirá, entonces, una pluralidad de procedimientos. Ello, porque tienen causas diferentes. Por lo tanto, corresponde efectuar una nueva formulación de cargos dará origen a un procedimiento separado.

Conclusiones

Existen diferentes factores que hacen del PdC un instrumento sensible al cambio de circunstancias. Primero, la falta de certeza acerca de los efectos de la infracción ambiental, especialmente, la visión parcial que se tiene en ese momento de cómo se desencadenaron los cursos causales. Segundo, el hecho de que el instrumento se ejecutará a lo largo de un determinado plazo que puede llegar a ser de varios años de duración. Tercero, las asimetrías de información. Con todo, para reconocer el advenimiento de condiciones nuevas e imprevistas de carácter sustancial durante la ejecución del PdC, se debe atender a la eficacia como criterio esencial. Dicho criterio se preocupa específicamente de enfrentar los efectos del incumplimiento ambiental imputado al presunto infractor, considerando que el plan de acciones y metas sean eficaces para cumplir con la normativa ambiental y medidas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento. No puede tolerarse un PdC que agrava la situación previa.

Para ponderar el criterio de efectividad en la aprobación de un PdC se exige un nivel de certeza menor a la sanción o al dictamen del instructor, además, la carga de probar los efectos sobre el medio ambiente, y la utilidad de las acciones para alcanzar un cumplimiento de la normativa ambiental corresponde al presunto infractor, que es el titular del proyecto o iniciativa. La evidencia para probar la concurrencia o no de los efectos negativos al medio ambiente podrá existir como indiciaria al momento de la formulación de cargos, ya que no es posible contar con pruebas concretas pues no se ha verificado la etapa de instrucción del procedimiento donde dicha prueba se rinde. En cambio, antes de la aprobación de un PdC dicho estándar se eleva por cuanto se abre una fase de colaboración recíproca entre el presunto infractor y la SMA.

Una vez aprobado un PdC puede ocurrir que el desenvolvimiento de los efectos de la infracción sea distinto a los previstos. En tal caso, el acto administrativo debe ser corregido para adecuarse a la realidad. Así la Administración podrá: i) Declarar la invalidez del acto por haberse incurrido en algún vicio de legalidad. Si los hechos no eran efectivos al momento de dictarse el acto administrativo, este carece de causa; ii) Declarar el decaimiento del acto por haberse producido hechos sobrevinientes que lo hacen imposible;

iii) Modificar el acto administrativo.; y iv) Declarar el incumplimiento del PdC, por no cumplir con las obligaciones contraídas en él.

Particularmente, para los dos últimos casos, en caso de que se apruebe la modificación del acto que aprueba el PdC, debe distinguirse si la modificación es favorable o no para el regulado. Si la modificación es favorable, es decir, menos gravosa que el PdC originalmente aprobado, en principio es posible afirmar que es una decisión discrecional de la Administración. Por otra parte, si la modificación es desfavorable, es decir, impone medidas más gravosas que el PdC en curso, la doctrina propone un test de ponderación entre legalidad, es decir, la obligación de restituir el cumplimiento de la normativa ambiental, y la confianza legítima del presunto infractor, que tiene una expectativa (no derecho subjetivo porque el particular no tiene derecho a la ilicitud) a que la Administración respete su resolución. También la SMA podrá dictar una resolución que declara el incumplimiento del PdC, técnicamente, lo que hace es declarar que la resolución que lo aprobó "caducó" por el incumplimiento por su destinatario de los deberes que imponía.

Bibliografía citada

- ARMSTRONG, K., y KILPATRICK, C. (2006). Law, governance, or new governance-the changing open method of coordination. *Columbia Journal of European Law*, 13 (3), pp. 649-677.
- ARANCIBIA MATTAR, J. (2014). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio (pp. 129-147). En J. Arancibia Mattar y P. Alarcón (Coord.), *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*. Editorial Thomson Reuters.
- BARROS BOURIE, E. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile.
- BELADIEZ ROJO, Margarita (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons
- BERMÚDEZ, J. (2014a). *Derecho Administrativo General*. (3era ed.). Thomson Reuters/Legal Publishing.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014b). *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2^{da} ed.). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BOCANEGRA, R. (2006). *Lecciones sobre el Acto Administrativo* (3^a ed.). Thomson Reuters/Aranzadi.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2010). *Historia de la Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4798/>.
- BLACK, J. (2006). What is regulatory innovation? En J. Black, M. Lodge y M. Thatcher (Eds.), *Regulatory innovation: a comparative analysis* (pp. 1-15). Edward Elgar Publishing.
- CALDERA, H. (1979). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2^a Ed.). Legal Publishing Chile.
- DE SADELEER, N. (2002). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Oxford University Press.
- FISHER, E. (2013). Environmental Law as 'Hot' Law. *Journal of Environmental Law*, 2 5(3), 349-351.
- FISHER, E., Lange, B. y Scotford, E. (2019). *Environmental law: Text, cases & materials* (2^a Ed.). Oxford University Press.
- GALLEGO, A. y MENÉNDEZ, Á. (2001). *Acto y Procedimiento Administrativo*. Marcial Pons.
- GUNNINGHAM, N. (2009). Environment law, regulation and governance: Shifting architectures. *Journal of Environmental Law*, 29 (2), 179-212.

- HERVÉ ESPEJO, D. y PLUMER BODIN, M. (2019). Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del programa de cumplimiento. *Revista de Derecho (Concepción)*, 87 (245), 11-49.
- HURGO, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Iustel.
- HUNTER AMPUERO, I. (2014). Legitimación activa y los Tribunales Ambientales (Segundo Tribunal Ambiental). *Revista de Derecho (Valdivia)*, 27 (1), 259-270.
- ISHWARA BHAT, P. (2019). *Idea and Methods of Legal Research*. Oxford University Press.
- LEE, M. (2014). *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making* (2ª Ed.) Hart Publishing.
- LIVERMORE, M. (2007). Reviving environmental protection: preference-directed regulation and regulatory ossification. *Virginia Environmental Law Journal*, 25 (3), 311-386.
- LORENTE HURTADO, F. (2008). La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales. En S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÒ Juan (Dir.), *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia* (pp. 163-178). Marcial Pons.
- MAURER, H. (2011[2009]). *Derecho Administrativo. Parte General* (G. Doménech Pascual, trad.). Marcial Pons.
- OSSANDÓN ROSALES, J. (2015). *Incentivos al Cumplimiento Ambiental*. Editorial Libromar.
- PEDERSEN, O. (2013). Environmental enforcement undertakings and possible implications: Responsive, smarter or rent seeking? *The Modern Law Review*, 76 (2), 319-345.
- PRESTON, B. (2019). Regulatory Organization. En E. Lees y J. Viñuales (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law* (pp. 718-748). Oxford University Press.
- RHODES, R. (1996). The New Governance: Governing without Government. *Political Studies*, 44 (4), pp. 652-667.
- SOTO DELGADO, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22 (2), 189-226.
- SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2018). Guía para la presentación de programas de cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental. <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>
- TAPIA, M. (2020). *Caso fortuito o fuerza mayor* (3ª Ed.). Thomson Reuters.
- VELASCO, F. (1996). *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tecnos.

Normativa citada

- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA). 29 mayo 2003. D.O. N° 37.564.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA). 26 enero 2010. D.O. N° 39.558.
- Decreto supremo N° 30 de 2013 [Ministerio del Medio Ambiente]. Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. 11 febrero 2013.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). 17 de noviembre de 2001. D.O. N° 36.850.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 67.418-2016; 3 de julio de 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 11.485-2017; 5 de marzo de 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 8.456- 2017; 22 de mayo de 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.328-2018. 30 de octubre de 2018.
- Primer Tribunal Ambiental. Rol N° R-4-2018; 6 de junio de 2018. Sentencia firme o ejecutoriada.

- Primer Tribunal Ambiental. Rol N° R-17-2019; 26 de diciembre de 2019. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Primer Tribunal Ambiental. Rol N° R-25-2019; 30 de diciembre de 2019. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Primer Tribunal Ambiental. Rol N° R-21-2019; 27 de octubre de 2020. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental Rol N° R-6-2013; 3 de marzo de 2014. Sentencia firme o ejecutoriada, salvo en lo referido a la comparecencia en el proceso de reclamación como tercero coadyuvante de la Compañía Minera Nevada SpA. Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 11.600-2014. 30 de diciembre de 2014.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-68-2015; 27 de julio de 2016. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 58.986- 2016. 17 de julio de 2017.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-75-2015; 30 de diciembre de 2016. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-112-2016; 2 de febrero de 2017. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 8.456- 2017. 22 de mayo de 2018.
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 104-2016; 24 de febrero de 2017. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 11.485-2017; 5 de marzo de 2018.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-116-2016; 28 de junio de 2017. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Rol N° 36.202-2017. 06 de noviembre de 2017.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-82-2015 (acumulada con R-100-2016 y R-119-2016); 29 de septiembre de 2017. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-132-2016; 20 de octubre de 2017. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-163-2016; 29 de junio de 2018. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-160-2017; 21 de agosto de 2018. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Rol N° 24.870-2018. 17 de diciembre de 2019.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-153-2017; 14 de septiembre de 2018. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-170-2018; 29 de abril de 2020. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° R-199-2018; 11 de agosto de 2020. Sentencia firme o ejecutoriada.
- Tercer Tribunal Ambiental. Rol N° R-36-2016; 19 de agosto de 2016. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Rol N° 67.418-2016. 3 de julio de 2017.
- Tercer Tribunal Ambiental. Rol N° R 28-2016; 28 de noviembre de 2016. Sentencia firme o ejecutoriada. Corte Suprema. Rol N° 177-2017. 3 de octubre de 2017.
- Tercer Tribunal Ambiental. Rol N° R-40-2016; 23 de diciembre de 2016. Sentencia firme o ejecutoriada.

Incentivos regulatorios para el desarrollo de la energía eólica marina en Chile

Regulatory Incentives for Develop Offshore Wind Energy in Chile

Alberto Olivares Gallardo*

El trabajo analiza los principales esquemas normativos utilizados por los diversos países para promover la energía eólica marina en sus costas. Ello, con la finalidad de identificar aquellas medidas que pueden ser implementadas en Chile para integrar esta tecnología a su matriz energética, que es vista como una de las fuentes energéticas del futuro.

Palabras clave: Energías renovables; energía eólica marina; incentivos regulatorios.

This paper analyzes the main regulatory schemes used by the various countries to encourage offshore wind energy projects on their coasts. This, in order to identify those measures that can be implemented in Chile to incorporate this technology into its energy mix, which is seen as one of the energy sources of the future.

Keywords: Renewable energies; offshore wind energy; regulatory incentives.

Introducción

Hasta hace unos pocos años la energía eólica marina era una fuente energética restringida a unos pocos países desarrollados con una fuerte conciencia ambiental, que podían permitirse incorporar a este recurso renovable para producir electricidad a unos costes muy elevados. El incipiente desarrollo tecnológico también limitaba la expansión de esta fuente energética a suelos marinos poco profundos.

* Doctor en Derecho por la Universidad Rovira i Virgili (España). Investigador contratado de proyecto, Centro de Estudios Avanzados de Blanes, Consejo Superior de Investigaciones Científicas(CEAB-CSIC). Número ORCID: 0000-0003-3294-4658. Correo electrónico: a.olivares@ceab.csic.es. Dirección postal: Carretera d'accés a la Cala Sant Francesc 14, Blanes, 17300, España.

Artículo recibido el 10 de mayo de 2021 y aceptado el 15 de junio de 2021.

Por ello, no resulta extraño que la explotación de la energía eólica marina se haya iniciado en los países ribereños de los mares del Norte y Báltico. Dinamarca, Suecia, Noruega, Alemania y Países Bajos comenzaron a impulsar la energía eólica marina en los años 90, que posteriormente se expandiría a otros países, a medida que el desarrollo tecnológico iba dando soluciones a los problemas derivados de su alto coste y las limitaciones técnicas, hasta llegar al estado de expansión actual.

Hoy podemos encontrar también parques eólicos marinos funcionando, en ejecución o en cartera, en diversos países de Europa, Asia, Oceanía y Norteamérica¹.

La reducción de costes y los avances tecnológicos en el diseño de los aerogeneradores y de las redes eléctricas marinas, han permitido a esta industria ir derribando la mayor parte de las barreras técnicas y económicas que limitaban su crecimiento, para situarse como una de las fuentes energéticas del futuro. Al mismo tiempo, los países han ido incorporando diversos esquemas jurídicos para el incentivo de la eólica marina, que han propiciado un marco normativo favorable para la inversión de esta industria energética.

Este escenario optimista es confirmado por la *International Energy Agency* (IEA), que proyecta unos 560GW de capacidad instalada en energía eólica marina para 2040, posicionando al sector como una industria relevante de la economía mundial, que moverá más de un billón de dólares en negocios².

Sin embargo, esta fuente energética sigue lejos de las costas latinoamericanas. Aunque el Banco Mundial ha cifrado el potencial técnico de la región en 6300 GW³, solo Brasil ha anunciado recientemente un proyecto para incorporar a esta tecnología en su sistema eléctrico, a través de un conjunto de parques eólicos *offshore* que se instalarían en el norte del país⁴.

En el caso de Chile, llama especialmente la atención que no existan proyectos para implementar parques eólicos marinos, a pesar de tener más de 6.000 km. de costa, de haber experimentado un crecimiento exponencial de las energías renovables en los últimos años⁵, y de tener un potencial técnico para instalar 957 GW de energía eólica *offshore*⁶.

¹ WIND EUROPE 2019, 7-8.

² INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2019-a, 14-33. Debe aclararse que el informe de la IEA habla de un negocio de "1 trillion dollars", es decir, 1 billón de dólares para nuestro idioma.

³ WORLD BANK & ENERGY SECTOR MANAGEMENT ASSISTANCE 2020. Además, el mismo informe destaca el potencial técnico de Argentina (1870 GW), Brasil (1228 GW), Chile (957 GW), Perú (347 GW) y Uruguay (275 GW).

⁴ Puede revisarse la nota periodística sobre los proyectos de energía eólica *offshore* "Primeros pasos de la eólica marina en Brasil".

⁵ En este sentido, un estudio reciente sitúa a Chile como el país emergente más atractivo para invertir en energías limpias. BLOOMBERG NEF 2020, 6.

⁶ WORLD BANK & ENERGY SECTOR MANAGEMENT ASSISTANCE PROGRAM 2020.

De esta forma, el presente trabajo tiene por objetivo analizar aquellos aspectos relevantes de los esquemas normativos generados por los países para incentivar la energía eólica marina. Ello, con la finalidad de proyectar en el país un entorno normativo favorable para la implementación de parques eólicos *offshore*.

Como se verá, la inclusión de la energía eólica marina no solo busca aumentar la capacidad instalada de las energías renovables para reemplazar a las energías convencionales, sino que también forma parte de la estrategia que los países han ido adaptando para cumplir con los compromisos internacionales asumidos para la transición hacia una Economía neutra en carbono⁷.

En este contexto, un adecuado esquema regulatorio incentiva a las empresas eléctricas que operan en un país a invertir en proyectos de eólica marina, una fuente energética renovable que tendrá un rol esencial en la lucha contra el cambio climático⁸.

El estudio se estructura en tres apartados principales en que se analiza a las energías renovables como parte de la Acción por el Clima; el desarrollo de la energía eólica marina y; las diversas normativas adoptados por diferentes países para fomentar esta fuente energética en sus costas.

I. Las energías renovables y el cambio climático

En el presente siglo, la Acción por el Clima se ha tomado la agenda ambiental, obligando a los países a asumir mayores compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, elaborar estrategias de mitigación y adaptación al cambio climático, y transitar hacia un modelo de desarrollo sostenible, neutro en carbono⁹. La actividad económica de los países debe ser compatible con la estrategia climática global¹⁰.

Ello incluye también al sector energético que, no obstante, ya venía experimentando desde la última década del siglo pasado, un importante proceso de transformación de su matriz energética, con una progresiva integración de las energías renovables –especialmente con la solar y la eólica–, que para 2010 solventaba el 17% del consumo total de la energía final en el mundo¹¹.

No obstante, la Acción por el Clima obliga a dar un paso más en la transformación de sus matrices energéticas. Ya no basta con reducir el consumo de energías fósiles reemplazándolas con energías renovables. Los países,

⁷ Sobre esta idea, ACUERDO DE PARÍS 2015.

⁸ COMMISSION EUROPEA 2020-a, 1-3.

⁹ En este sentido, el Objetivo de Desarrollo 13, de La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, denominada “Acción por el Clima”, busca que los países se adapten al cambio climático y logren un desarrollo bajo en carbono. Véase PROGRAMA DE NACIONES LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO 2020.

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION 2018, 3-6.

¹¹ WORLD BANK 2021.

deben aumentar sus esfuerzos, y transitar hacia un modelo energético hipocarbónico, centrado en energías limpias¹².

La transición energética, “proceso de transformación de las estructuras económica, técnica y socioambiental de la actividad energética para adaptarse a los nuevos desafíos globales y locales, siendo el más importante de ellos el cambio climático”¹³, representa un cambio de paradigma que nos obliga a reformular la relación sociedad-energía, adaptándola a la estrategia global por el clima.

Comenzamos a dejar atrás un modelo energético centralizado y contaminante¹⁴, para avanzar hacia otro, neutro en carbono, caracterizado por la promoción de una gestión descentralizada, con un fuerte componente de generación distribuida y de autoconsumo, y donde el desarrollo tecnológico juega un rol esencial.

Dos elementos centrales de la transición energética. En el primer lugar, el foco está puesto en la reorientación del consumo energético mundial hacia la electricidad, como principal fuente energética del siglo XXI. Desde esta perspectiva, las principales actividades intensivas en consumo de energía –transporte y movilidad, minería, industria, etc.–, han iniciado un proceso de conversión progresiva hacia la electrificación de sus procesos.

En segundo término, la generación de energía eléctrica debe ser climáticamente neutra en el horizonte 2050¹⁵. En este escenario, las energías renovables asumen un rol principal como motor de la transición hacia un nuevo modelo energético neutro en carbono y centrado en la electricidad.

Es alrededor de esta dualidad electricidad-energías renovables, que comienza a diseñarse el proceso de descarbonización de la matriz energética mundial, para transitar hacia un modelo energético poscarbono que, debe advertirse, todavía no está totalmente definido. Sus alcances están condicionados por el desarrollo tecnológico. Así por ejemplo, los avances en almacenamiento energético determinarán si la flexibilidad del sistema eléctrico podrá ser solventada por las propias renovables, o requerirá de otras tecnologías de respaldo –como el gas natural o la energía nuclear– para dar seguridad al sistema¹⁶.

¹² De acuerdo con el PARLAMENTO EUROPEO 2018, el sector de la energía es el responsable del 80% de las emisiones de gases de efecto invernadero. En el mismo sentido, la *International Energy Agency* señala que las emisiones globales de CO2 relacionadas con la energía en 2018 fueron de 33,1 Gt CO2. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2019-c, 4.

¹³ OLIVARES 2019, 566.

¹⁴ Sobre el modelo energético dominante, véase: RIVERO 2011; PAREJO 2010; Ariño 2006; POLLITT 1999.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION 2018, 6.

¹⁶ En este sentido, la Unión Europea ha proyectado para 2050 un escenario en que la columna vertebral del sistema eléctrico europeo libre de carbono tendrá una matriz con 80% de fuentes de energía renovable (cada vez más localizadas en alamar) y 15% de energía nuclear. EUROPEAN COMMISSION 2018, 9.

No obstante, existen ciertos puntos de encuentro, determinados por la obligación de transitar hacia una matriz neutra en carbono: i) la electrificación de la matriz energética; ii) las energías renovables como principal fuente de generación eléctrica, y; iii) un intenso desarrollo tecnológico centrado en un conjunto de tecnologías disruptivas, como el almacenamiento o el hidrógeno verde, que aumentan la flexibilidad de las energías renovables.

En este contexto, la transición energética se plantea como un proceso de transformación mayor del sector, para adaptarse al cambio climático. De esta forma, las energías renovables dejan de ser un objetivo propio de política energética y pasan a ser uno de los más importantes instrumentos de mitigación del cambio climático. La transición hacia un modelo energético poscarbono obliga a los países a incorporar nuevos desafíos referidos al desarrollo de las energías renovables.

No obstante, esta transición opera en dos velocidades distintas: una impulsada por el propio sector –industria y regulador–, y otra promovida desde la agenda de cambio climático.

Por una parte, el marco regulatorio propiamente energético –poco sensible a los cambios–, ha ido adaptando progresivamente la estructura del sistema energético y de su mercado, eliminando las barreras normativas, técnicas y económicas para la plena incorporación de las energías renovables al mercado de generación eléctrica. En este sentido, ha operado un cierto continuismo del modelo; es decir, el regulador y la industria energética han entendido que debe transitarse hacia un sistema energético neutro en carbono, liderado por la electricidad y las energías renovables. Para ello, han ido adoptando esquemas regulatorios y acuerdos para acelerar el reemplazo de las centrales más contaminantes por energías renovables, pero sin afectar de manera esencial el modelo vigente¹⁷.

Por otra parte, la Acción por el Clima presiona por cambios estructurales de fondo en el modelo energético, que impacten positivamente en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de los países. Ello implica comenzar a descentralizar la gestión, promoviendo la generación distribuida; entregar un nuevo rol del consumidor como pequeño productor; el uso de redes inteligentes; el impulso a nuevas tecnologías disruptivas; pensar en diseñar un mercado de estructura dual, integrado por el mercado eléctrico vigente y otro para estas nuevas formas de generación que operan en pequeños sistemas, etc.¹⁸.

De esta forma, al amparo de ambos marcos normativos, se ha ido desarrollando un nuevo modelo energético, que intenta conciliar dos visiones

¹⁷ Otras fuentes renovables, como la geotermia o la biomasa, tienen todavía un aporte residual en la matriz energética mundial, aunque especialmente la biomasa está aumentando su aporte energético en algunos países como Noruega, Dinamarca o Alemania, principalmente a través de la calefacción distrital. Véase: WERNER 2017.

¹⁸ OLIVARES 2019, 570-574; EUROPEAN COMMISSION 2018, 2-7.

distintas de lo que debe ser la transición energética. En este contexto, comienzan a aparecer nuevas fuentes energéticas de transición, que han nacido bajo la lógica y las estructuras actuales de la industria energética, pero que tienen una vocación transformadora de la actividad energética. Impulsan la descentralización de la gestión; son complementarias a las tecnologías de almacenamiento e hidrógeno verde; promueven el empleo de calidad y el desarrollo tecnológico de los países¹⁹, y; disminuyen la tensión socioambiental en el territorio²⁰. Una de ellas es la energía eólica marina, que revisaremos a continuación.

II. La energía eólica marina

Es posible distinguir dos fases en el desarrollo de la energía eólica marina. En una primera etapa, que va desde que se inicia la explotación comercial de este recurso energético hasta finales de la primera década de este siglo, podemos observar la etapa más compleja del proceso de aprendizaje de esta nueva tecnología, que le permitirá comenzar a reducir costes y proyectar su futura competitividad económica.

En una segunda fase, que se inicia a continuación –alrededor de 2010– y se extiende hasta hoy, la eólica *offshore* comienza el despegue como fuente energética relevante para la transición energética y, consecuentemente, para la Acción para el Clima. Abandona su zona de confort –el norte de Europa– para comenzar a expandirse en las costas de Asia y Norteamérica.

Revisaremos, a continuación, el proceso de desarrollo que ha tenido la energía eólica marina, siguiendo este esquema.

1. Primera etapa. Inicio y crecimiento

El primer parque eólico marino comercial –todavía en funcionamiento–, se instaló en las costas danesas de Vindeby, en el año 1991. Con una capacidad de 5MW²¹, aportada por 11 aerogeneradores que ofrecían una potencia de 450 kW cada uno, fue ubicado a 2,5 km. de distancia de la costa y a una profundidad de entre 2,5 y 5 mts. del nivel del mar²². Siguieron a este proyecto nuevas iniciativas que se concretaron en las costas de Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Alemania e Irlanda, que posicionaron a Europa como exclusivo promotor de esta fuente energética.

Para 2005, las costas del norte del continente europeo acogían unos veinte proyectos, que sumaban una capacidad instalada de 695 MW. Los avances tecnológicos permitían a los aerogeneradores alcanzar capacidades de hasta 3 MW. En 2010, existían más de cuarenta parques eólicos marinos,

¹⁹ La creación de empleos de calidad y el desarrollo tecnológico como objetivos del impulso a las energías renovables, y en especial de la eólica marina, véase COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 2-5.

²⁰ Sobre esta idea, COMISIÓN EUROPEA 2020-b, 9.

²¹ OLIVARES 2021, 571; COMISIÓN EUROPEA 2020-b, 1.

²² DÍAZ 2016, 3; RODRÍGUEZ, PEREIRA y TOVAL 2011, 6.

que aportaban en total más de 3 GW²³. Asimismo, se sumaban nuevos países que incorporaban esta tecnología a sus combinaciones energéticas, como Bélgica, Finlandia y China²⁴.

Desde una perspectiva institucional, también en esta primera fase se comienza a articular, por la Unión Europea, un plan de acción para el incentivo a la industria eólica marina, acompañada de un fuerte incentivo a la innovación y la investigación de esta tecnología. En este sentido, el año 2001, en colaboración con algunos estados miembros y empresas del sector, la UE implementó la "Acción concertada sobre energía eólica *offshore* en Europa" (CA-OWEE/RTD), que sería la primera medida adoptada para consensuar una estrategia común de promoción de la energía eólica marina²⁵.

A partir de esta instancia colaborativa, la Unión Europea comienza a generar una importante cantidad de información relativa a este recurso energético y a desplegar fuertes incentivos para la investigación en nuevas tecnologías, que permitiesen a la eólica *offshore* alcanzar una reducción de sus costes que la hicieran competitiva. Los principales lineamientos de una estrategia para las energías marinas son recogidos en el Libro Verde "Hacia una futura política marítima de la Unión Europea: perspectiva europea de los océanos y los mares", de 2006, que remarca el interés energético de los océanos y la necesidad de avanzar en su explotación, como parte de una estrategia energética sostenible, que además genere crecimiento económico y empleo para las zonas costeras²⁶.

Posteriormente, esta cuestión sería desarrollada por la Comisión Europea en la Comunicación de la Comisión Europea de 2008, sobre energía eólica marina, que incluiría el fomento a esta, como parte de las acciones necesarias para alcanzar los objetivos de política energética para el año 2020²⁷.

Como vemos, hasta 2010 –esto es, en sus primeros veinte años de explotación comercial–, hubo un importante desarrollo tecnológico en torno a la energía eólica marina, aunque su crecimiento, si bien progresivo, en realidad fue moderado, manteniéndose como una tecnología exclusivamente europea, y más exactamente, restringida al norte de este continente.

Esta primera fase de desarrollo de esta tecnología está ligada al proceso de impulso que están teniendo las energías renovables en general, aunque se reconoce desde un primer momento por la UE, las características económicas y técnicas especiales que la hacen avanzar a marchas distintas de

²³ EUROPEAN WIND ENERGY ASSOCIATION 2011, 14.

²⁴ Puede verse una relación de los diversos proyectos impulsados en estos países, así como de otros que se sumaron progresivamente a la construcción de parques eólicos marinos hasta 2012 en: RODRÍGUEZ, PEREIRA y TOVAL 2011, 6.

²⁵ HENDERSON 2002, 17.

²⁶ SANZ 2007, 906-911.

²⁷ DÍAZ 2016, 6; COMISIÓN EUROPEA 2008.

las otras fuentes renovables²⁸. En este sentido, la propia Comisión Europea reconocía que “comparada con la energía eólica terrestre, la marítima es más compleja y costosa de instalar y mantener”, aunque estimaba que “las instalaciones marítimas irán ganando importancia”²⁹.

De esta forma, esta etapa se centra en la reducción de costes, el desarrollo tecnológico de la infraestructura –aerogeneradores y redes marinas–, y la consolidación de una estrategia europea común, para avanzar hacia una fase siguiente de expansión global.

2. Segunda etapa. Despegue y expansión

A partir de 2010, la estrategia para la eólica marina recibe un nuevo impulso e inicia un proceso de fuerte crecimiento, que incluye el desarrollo de esta tecnología fuera de las costas de Europa. China pone en funcionamiento sus tres primeros parques eólicos *offshore*, iniciativa que pronto se replicaría en otros países de Asia y Norteamérica.

Uno de los elementos centrales de esta nueva estrategia de desarrollo es el impulso de una red eléctrica marina para conectar los numerosos proyectos de energía eólica marina a las redes eléctricas nacionales del norte de Europa³⁰. En diciembre de 2009 diversos países de la Unión Europea más Noruega, suscriben un memorando de entendimiento para crear la Iniciativa de Redes Marinas de los países del Mar del Norte³¹. Este acuerdo busca desarrollar de manera coordinada redes marinas de transporte de electricidad, uno de los puntos clave en el desarrollo de esta fuente energética. Además, en 2010 la Comisión Europea publicaría su relevante Comunicación “Las prioridades de infraestructura energética a partir del 2020. Esquema para una red de energía europea integrada”³², que puso a la red marina en el centro de la política energética de la Unión Europea.

Por otra parte, comenzó a haber un mayor acceso al financiamiento de este tipo de infraestructuras energética, que permitió a las empresas desarrollar proyectos cada vez más grandes³³. La caída de los costes de producción ha facilitado esta expansión de la energía eólica marina, que se ha acentuado en los últimos años. Mientras en 2015 el precio de la electricidad proveniente de la energía eólica marina era de \$150-200 USD/MWh, en 2019 se redujo a me-

²⁸ En este sentido SANZ señala que en la Comunicación sobre “El apoyo a la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovable” se hace referencia “a los proyectos de energía eólica marina, si bien se ponen de manifiesto los obstáculos y las barreras que todavía existen en los Estados miembros”. Lo mismo sucede en el Libro Verde “Estrategia para una energía sostenible, competitiva y segura”, de 2006, en que se advierte de la necesidad de crear un marco político de apoyo para que se desarrolle todo el potencial de la energía eólica marina. SANZ 2007, 909-910.

²⁹ COMISIÓN EUROPEA 2008, 1-2.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA 2010.

³¹ Participaron en esta Iniciativa Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Alemania, Francia, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Irlanda y Noruega.

³² COMISIÓN EUROPEA 2010.

³³ EUROPEAN WIND ENERGY ASSOCIATION 2011, 10-17; COMISIÓN EUROPEA 2010.

nos de \$60 USD/MWh³⁴, destacando las subastas adjudicadas en Francia y Reino Unido, en las que se pagaron 44/MWh y 40,63 £/MWh, respectivamente³⁵.

La inversión en eólica *offshore* aumentó desde los \$8.000 millones de dólares en 2010 a \$20.000 millones en 2018, representando casi una cuarta parte de la inversión mundial en el sector eólico y el 6% de toda la inversión en renovables³⁶. Durante 2020, en Europa se han invertido €26.000 millones de euros para financiar 7,1 MW de nuevos proyectos de eólica marina *offshore* que entrarán en funcionamiento en los próximos años³⁷.

Asimismo, el desarrollo tecnológico de la industria continúa su progresión, aportando en la consolidación de la industria eólica *offshore*. En 2010, los fabricantes comienzan a ofrecer nuevos prototipos de turbinas marinas de 6 y 7 MW, que permitía a los nuevos proyectos aumentar exponencialmente la capacidad de los parques eólicos marinos. Hoy, los nuevos aerogeneradores marinos que poseen una potencia promedio de 10 MW, y los anuncios de prototipos de 14 MW, que estarán disponibles a partir de 2024, han favorecido el aumento de la capacidad de los nuevos parques eólicos marinos³⁸.

En el mismo sentido, también ha habido avances en la tecnología referida a los soportes de los aerogeneradores. Junto a las estructuras rígidas de aerogeneradores que requieren de anclaje directo al suelo marino –turbinas eólicas fijas–, comienzan a desarrollarse estructuras flotantes, que permite instalar los parques en aguas cada vez más profundas y a distancias mayores desde la costa –energía eólica marina flotante–. Así, mientras las primeras infraestructuras eólicas marinas se instalaban a profundidades no superiores a 40 mts. de profundidad, y a unos pocos kilómetros de la costa, hoy existen parques a 100 metros de profundidad en Reino Unido y se están construyendo proyectos en países como Alemania, Reino Unido, Bélgica o Dinamarca, a más de 200 mts. del suelo marino, y a distancias superiores a 100 km. de la costa, gracias a los aerogeneradores flotantes³⁹.

Los parques eólicos se alejan cada vez más de la línea costera y comienzan a ubicarse en aguas profundas. Las turbinas eólicas marinas están alcanzando capacidades inimaginables hace solo unos pocos años atrás. Un claro ejemplo de los avances de la tecnología eólica marina podemos encontrarlo en el reciente anuncio del proyecto de parque eólico Sofía, que desarrollará una importante empresa alemana en las costas del Mar del Norte Británico; podrá producir 1400 MW de electricidad gracias a sus 100 aerogeneradores

³⁴ OCEAN RENEWABLE ENERGY ACTION COALITION 2020, 16; COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 4.

³⁵ RAMÍREZ; FRAILE y BRINDLES 2020, 37.

³⁶ GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2020-a, 17.

³⁷ ENERGÍAS RENOVABLES 2021.

³⁸ GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL GWEC 2020-a, 3-8; COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 2-6.

³⁹ Para revisar el fuerte desarrollo tecnológico que ha tenido la industria eólica marina, véase: RAMÍREZ; FRAILE y BRINDLES 2021, 15-20; OLIVARES 2021, 570-574; COMISIÓN EUROPEA 2020-b, 2-5.

de 14 MW. Se instalará a 195 Km. de la costa en el norte de Inglaterra y entrará en funcionamiento en 2025⁴⁰.

Como vemos, todos estos elementos, sumado al desarrollo de un marco jurídico favorable que incluye múltiples esquemas de incentivos –que serán revisados en el siguiente apartado–, han dado lugar a un crecimiento exponencial de esta fuente energética en los últimos diez años, situándola como “una de las tecnologías más dinámicas en el sistema energético”⁴¹. De esta forma, los 3 GW de capacidad instalada en eólica marina en 2010, aumentaron a 11 GW en 2015, y para 2019 esa potencia se había casi triplicado para llegar a los 29,1 GW, que se distribuyen entre Europa, que concentra el 75,2% ese la capacidad instalada, y el resto del mundo con el 24,8%, donde destacan China, Corea del Sur, Taiwan, Vietnam, Japón y Estados Unidos⁴².

En este escenario favorable, la Estrategia europea de 2020 para esta fuente energética, expresa que la eólica marina en Europa debe alcanzar los 300 GW en 2050 para cumplir con su objetivo de ser climáticamente neutra en dicho año⁴³. A nivel global, se comparte ese optimismo. IEA estima que en el 2040 la capacidad eólica marina mundial se multiplicará por quince respecto de la capacidad instalada en 2018, llegando a los 560 GW, con un crecimiento importante en Asia y Estados Unidos, además de Europa⁴⁴.

La actual fase de consolidación y expansión de la energía eólica marina está claramente vinculada a la que identificamos en los apartados anteriores como segunda fase del desarrollo de las energías renovables, en cuanto dimensión de la Acción por el Clima. En este sentido, la Comisión Europea reconoce el rol esencial que jugará la eólica *offshore* en el avance de una Economía neutra en emisiones, así como en el desarrollo de otros objetivos relacionados, como “aumentar el uso directo de la electricidad para un espectro más amplio de usos finales y apoyar la electrificación indirecta mediante el hidrógeno y los combustibles sintéticos”⁴⁵.

Asimismo, el Pacto Verde europeo entrega a la energía eólica marina un papel decisivo en el cumplimiento de los objetivos de neutralidad climática del año 2050 y de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de 2030⁴⁶. Además, la *International Energy Agency* señala que esta tecnología podría ahorrarnos entre cinco y siete millones de toneladas de las emisiones de CO₂ del sector energético a nivel mundial⁴⁷.

⁴⁰ Puede revisarse la noticia en DIALEc 2021.

⁴¹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2019-a, 15.

⁴² GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2020-a, 12.

⁴³ COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 8.

⁴⁴ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2019-a, 27-29.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 1.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA 2019, 7.

⁴⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2019-a, 3-14.

Este rol principal de la eólica *offshore* en la estrategia global para el cambio climático es asumido también por los diversos países. Así, por ejemplo, Singh explica el interés de Reino Unido en esta fuente energética señalando que dicho Estado considera a la eólica *offshore* como una tecnología clave en sus planes a largo plazo para descarbonizar su generación de electricidad⁴⁸.

Estamos, por tanto, ante una tecnología que se integra de manera natural en la Acción por el Clima y que facilita a los países la transición hacia un modelo energético poscarbono⁴⁹. Su desarrollo está estrechamente relacionado con las diversas estrategias en la lucha contra el cambio climático. La energía eólica marina es parte de lo que Cassotta identifica como un nuevo modelo de inversión, centrado en la sostenibilidad, que permitirá a los países cumplir los objetivos de reducción de emisiones para limitar el calentamiento global a 2° C referidas en el Acuerdo de París⁵⁰.

Sin embargo, a pesar de estas increíbles proyecciones de crecimiento de la energía eólica marina a nivel mundial y de su aporte en el avance hacia una Economía neutra en carbono, en América Latina no existen iniciativas relevantes para sumar a esta fuente energética en el combinado energético de la región. El Banco Mundial ha señalado recientemente que la capacidad técnica potencial del planeta es de 15.6 TW, de los cuales 6.3 TW se encuentran en la región de Latinoamérica y el Caribe⁵¹, y únicamente Brasil ha anunciado hace pocos meses un proyecto para desarrollar parques eólicos marinos en los Estados de *Ceará* y *Rio Grande do Norte*, aunque seguramente la intensidad de la crisis sanitaria que vive ese país con el Covid-19, afectará estos planes⁵².

Chile, que posee un potencial técnico para instalar 957 GW de energía eólica *offshore* –131 GW con aerogeneradores fijos y 826 GW de tecnología flotante⁵³–, no escapa a esta realidad de la región. Aunque ha desplegado en la última década una activa política de desarrollo de energías renovables, que le ha permitido llegar en el año 2020 al 25% de su capacidad instalada con energías eólica y solar⁵⁴, no ha mostrado interés en implementar un plan de acción para la energía eólica marina.

Desde esta perspectiva, estimamos que la ausencia de incentivos a la industria eléctrica nacional para desarrollar proyectos eólicos marinos limitará en el mediano y largo plazo las posibilidades de Chile de lograr los objetivos de neutralidad climática en el horizonte 2050. Asimismo, las energías renovables consolidadas en el territorio nacional –la eólica terrestre y la solar fotovoltaica– hacen una utilización intensiva del territorio, que comenzará a gene-

⁴⁸ SINGH 2017, 63.

⁴⁹ Sobre esta idea, véase OLIVARES, 2019.

⁵⁰ CASSOTTA 2016, 196.

⁵¹ WORLD BANK & ENERGY SECTOR MANAGEMENT ASSISTANCE PROGRAM 2020.

⁵² REVISTA EÓLICA Y DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO REVE 2020.

⁵³ WORLD BANK & ENERGY SECTOR MANAGEMENT ASSISTANCE PROGRAM 2020.

⁵⁴ ENERGÍAS RENOVABLES 2020.

rar tensiones con las comunidades locales por el uso del suelo. Finalmente, la necesidad de lograr una matriz baja en emisiones de carbono obliga a no desechar, *a priori*, ninguna tecnología de energías renovables existentes.

No obstante, las reducciones en los costes de producción que se han logrado, así como el progreso tecnológico conseguido para los aerogeneradores –tanto en su capacidad como en sus características (estructuras fijas y flotantes)–, permiten ser optimistas sobre el futuro de la energía eólica *offshore* en el país. Por ello, analizaremos a continuación las principales características que debe tener un régimen jurídico de promoción de esta fuente energética, y que podrían servir para el impulso de la eólica marina en las costas chilenas, siguiendo la senda que marca el panorama energético mundial.

III. Marco jurídico para la eólica marina

Como hemos señalado, los costes de la producción de electricidad con energía eólica marina se han ido reduciendo progresivamente hasta alcanzar en algunas subastas de países como Francia o Inglaterra unos precios cercanos a las de otras fuentes renovables consolidadas –eólica terrestre y solar⁵⁵–. No obstante, todavía sus costes de producción siguen siendo mayores a estas últimas.

La tecnología en aerogeneradores y redes de transmisión marina ha ido venciendo los distintos obstáculos económicos y técnicos que limitaban las posibilidades de expansión de esta fuente energética, y han generado importantes avances en su competitividad⁵⁶. Sin embargo, la instalación de parques eólicos en el mar constituye un importante desafío tecnológico para los estados, que no todos están dispuestos a asumir.

Asimismo, para países como Chile, con extensos territorios, resulta poco atractivo introducir una tecnología que todavía tiene costes superiores que otras alternativas ya maduras, y que además implican un importante reto técnico. Tienen todavía una gran cantidad de suelo disponible para desarrollar las energías renovables terrestres, que además son más baratas y técnicamente menos complejas. En cambio, resulta lógico que países como Dinamarca, Países Bajos o Bélgica, hayan comenzado a mirar al mar para encontrar soluciones a sus problemas de abastecimiento energético.

No obstante, como hemos advertido previamente, el tamaño cada vez mayor de los nuevos parques eólicos terrestres, solares fotovoltaicos y termosolares, está comenzando a generar problemas con las comunidades locales por el uso del suelo y ello obligará a los países costeros a buscar respuestas en los océanos⁵⁷.

⁵⁵ Lo mismo puede decirse de otras fuentes energéticas como la energía nuclear o las energías fósiles, pero en este trabajo limitaremos la comparación a las otras energías renovables más expandidas en el mundo.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 22-24.

⁵⁷ Solo a modo de ejemplo, recordaremos la sentencia Rol N° 10.090-2011 de la Corte Suprema, que acogió un recurso de protección presentada por la comunidad en Chiloé en contra del proyecto “Parque Eólico Chiloé”, obligándolo a someterse a un estudio de impacto ambiental.

De la misma manera, la energía eólica marina responde a una nueva lógica energética, orientada por la estrategia global por el clima, y que exige a los Estados mayores compromisos en materia climática. Las decisiones de política energética no deben ser adoptadas por los países teniendo como único objetivo la reducción de costes la electricidad. Este debe conciliarse con otros dos objetivos igual de relevantes: la descarbonización de la matriz y fiabilidad del sistema. Y la energía eólica marina aporta especialmente en estos dos aspectos, al mismo tiempo que está reduciendo progresivamente sus costes de producción.

Por otra parte, la Acción por el Clima obliga a los países costeros a revisar su relación con los océanos en dos sentidos diversos, aunque estrechamente relacionados: reformular sus políticas de protección de los mares y los océanos, para adaptarlas a la Acción por el Clima, y; explorar las posibilidades de crecimiento sostenible que proporcionan los océanos, en lo que se ha venido a denominar Economía Azul. En este último punto, la energía marina es una de las más importantes formas de uso sostenible de los océanos para la adaptación al cambio climático y la reducción de emisiones de CO₂⁵⁸.

Siguiendo a Levitt, las principales ventajas de la eólica *offshore* son las siguientes: i) el recurso de energía renovable más grande para muchos estados costeros; ii) la energía eólica marina ofrece beneficios económicos sustanciales y reducciones significativas en CO₂ y otros contaminantes dañinos; iii) el coste privado de la energía eólica marina es menor que el de la mayoría de las otras nuevas tecnologías de energía renovables (aunque es más costoso que la eólica terrestre y la mayoría de las otras tecnologías de generación convencionales)⁵⁹.

Asimismo, la energía eólica marina también presenta algunos beneficios respecto de la eólica terrestre: i) los vientos son más fuertes y constantes que en tierra, lo que permite una producción sensiblemente mayor por unidad instalada; ii) las turbinas eólicas pueden ser de mayor tamaño que en tierra, por las restricciones de transporte de grandes estructuras en tierra; iii) los parques eólicos marinos tienen menos posibilidades de causar problemas a las poblaciones próximas –ruido, objeciones estéticas, etc.–; iv) estas infraestructuras pueden resultar ventajosos para la protección de los ecosistemas marinos y producir sinergias con otros usos del entorno marino, como la acuicultura⁶⁰.

Teniendo en cuenta estos méritos, diversos países como Francia, Reino Unido, Estados Unidos o China han anunciado ambiciosos planes para desa-

⁵⁸ No profundizaremos en esta idea, por no ser parte de los objetivos de este estudio. Solo nos limitaremos a resaltar la importancia de que los países miren a los océanos como parte de su estrategia nacional para la adaptación al cambio climático. Sobre esta idea, véase: COMISIÓN EUROPEA 2014; COMISIÓN EUROPEA 2012.

⁵⁹ LEVITT *et al.* 2011, 6408.

⁶⁰ SINGH 2017, 67; COMISIÓN EUROPEA 2008, 1-2.

rollar este recurso energético⁶¹. De esta forma, puede proyectarse que las expectativas de los distintos estudios que pronostican un fuerte crecimiento de la eólica marina, hasta consolidarse como una energía de referencia de la matriz energética en 2040-2050, no están siendo exageradas por un optimismo injustificado⁶².

Ante este panorama, revisaremos las principales características de los regímenes jurídicos que han apostado por el desarrollo de la energía eólica marina, y que pueden ser útiles para el desarrollo de un marco jurídico que estimule el desarrollo de esta tecnología en las costas nacionales.

1. Una estrategia clara y un marco normativo integral

El incentivo a la energía eólica marina debe comenzar por establecer un marco normativo que exprese una estrategia clara para esta fuente energética, acompañada de normas que se hagan cargo de sus características técnicas y económicas. Como hemos señalado, el desarrollo de la eólica marina conlleva una complejidad técnica que repercute en una alta inversión inicial. Como consecuencia, la instalación de parques eólicos en el mar y el despliegue de una red eléctrica marina que permita verter la electricidad en el sistema eléctrico debe iniciarse a partir de una estrategia pública de incentivo a este recurso energético y el impulso de un régimen jurídico que acompañe su desarrollo.

Sin embargo, este marco normativo no se debe limitar únicamente a establecer un conjunto de incentivos que hagan viable económicamente el desarrollo de este tipo de proyectos. Debe diseñarse un marco normativo más amplio, integral, que aborde las diversas cuestiones relativas a esta tecnología.

En primer lugar, se debe diseñar una estrategia para el impulso de esta energía, que contenga una referencia explícita a la oferta de energía eólica marina que se prevé en un periodo de tiempo concreto, otorgando confianza a los inversores⁶³. Así, por ejemplo, el Plan anunciado por la Administración Biden, el 29 de marzo de 2021, estableció la ambiciosa meta de desplegar 30 GW de energía eólica marina para 2030⁶⁴. Por su parte, Reino Unido ex-

⁶¹ Entre estos planes, podemos destacar a Francia que en 2020 presentó su "*Plan National Intégré Énergie-Climat de la France*" que proyectó para 2028 la instalación de 5,2 a 6,2 GW de eólica Marina (GOUVERNEMENT DE FRANCE 2020). También en 2020, Reino Unido elaboró el documento "*The Ten Point Plan for a Green Industrial Revolution*" que propone aumentar la energía eólica marina desde los 10 GW actuales a 40 GW en 2030 (HM GOVERNMENT 2020). Por último, el 21 de marzo de 2021 Estados Unidos anunciaba que expandiría su capacidad eólica marina hasta los 30 GW para 2030, como parte de su plan de creación de empleo verde. Esta última medida puede verse en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/29/fact-sheet-biden-administration-jumpstarts-offshore-wind-energy-projects-to-create-jobs/>

⁶² Sobre esta afirmación, recuerde los estudios antes referidos de: WORLD BANK & ENERGY SECTOR MANAGEMENT ASSISTANCE PROGRAM 2020; COMMISSION EUROPEA 2020-a; INTERNATIONAL ENERGY AGENCY 2019-a.

⁶³ GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2020-b, 4.

⁶⁴ Véase este Plan en: WH.GOV, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/29/fact-sheet-biden-administration-jumpstarts-offshore-wind-energy-projects-to-create-jobs.>

presa en el documento *The Ten Point Plan for a Green Industrial Revolution* que producirá 40 GW de eólica *offshore*, también para 2030⁶⁵. Por último, Francia ha incluido la meta de aumentar en 5,2-6,2 GW su producción de electricidad con energía eólica marina para 2028⁶⁶.

Cabe mencionar que en los tres casos mencionados, las acciones referidas al crecimiento de la energía eólica marina formaban parte de una estrategia climática más amplia, que contemplaba un conjunto de medidas para lograr la neutralidad climática en 2050. Asimismo, en todos ellos también se justificaba la acción para el desarrollo de las energías renovables en su positivo impacto en el empleo, que Estados Unidos ha cifrado en 44.000 nuevos puestos de trabajo asociados directamente a los nuevos proyectos eólicos marinos y 33.000 empleos adicionales en actividades relacionadas con esta industria, para 2030. Del mismo modo, Reino Unido ha estimado que la industria eólica marina generará hasta 60.000 nuevos puestos de trabajo en 2030⁶⁷.

Otras cuestiones que deben ser abordadas por un marco normativo que facilite la implementación de proyectos marinos dicen relación con aspectos como la propiedad del fondo marino; el sistema de concesiones para su uso, así como la ampliación del proyecto; el proceso de servidumbres para desplegar la red de transporte marino; o definiciones sobre qué hacer con las instalaciones marinas cuando expiren las autorizaciones iniciales⁶⁸.

Finalmente, la seguridad jurídica también es necesaria para implementar este tipo de actividades, que requieren de plazos extensos para entrar en funcionamiento y también para el retorno de la inversión⁶⁹. En este último sentido, por ejemplo, en Alemania la *Erneuerbare-Energien-Gesetz* de 2016 (EEG-2016) estableció un régimen de incentivos para la eólica marina, con un período de soporte de 20 años, que podía ser aumentado si la localización de estos parques era a mayor distancia de la costa o profundidad⁷⁰. Además, todo el marco jurídico relativo a las energías renovables en general está orientadas por el principio de prioridad de estas fuentes energéticas, otorgando un alto grado de confiabilidad en la planificación por parte de los inversores, facilitando el desarrollo de proyectos con un alto coste como los parques eólicos marinos⁷¹.

En definitiva, de manera general, para incentivar el desarrollo de parques eólicos marinos debe pensarse en un marco jurídico de largo aliento,

⁶⁵ HM GOVERNMENT 2020, 8.

⁶⁶ GOUVERNEMENT DE FRANCE 2020, 65.

⁶⁷ HM GOVERNMENT 2020, 9.

⁶⁸ SINGH 2017, 66.

⁶⁹ GWEC estima que la entrada en funcionamiento de un parque eólico marino tarda unos 8 años desde que se diseña el proyecto. Asimismo, el periodo de retorno de la inversión no es inferior a 20 o 30 años, según la entidad del proyecto. GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2020-b.

⁷⁰ SCHOMERUS, MALY 2017, 38.

⁷¹ BLOMBERG 2014, 46.

sistémico, coherente y funcional, que permita proyectar un crecimiento de esta fuente energética, al alero de una política climática nacional⁷².

2. La planificación del espacio marítimo

Una segunda cuestión, esencial para generar un entorno normativo favorable a la implementación de la energía eólica *offshore*, es la existencia de una planificación espacial marina, que incluya las áreas en que se puedan desarrollar los parques eólicos marinos⁷³. Asimismo, la Comisión Europea ha señalado que para alcanzar la meta de contar con una capacidad instalada en la UE de 300 GW de energía eólica marina para 2050, se requiere identificar y usar un gran número de emplazamientos para la producción de energía renovable marina y la conexión a la red de transporte de energía. Este ordenamiento del espacio marítimo permite a las autoridades públicas planificar esta evolución a largo plazo en una fase temprana, y conciliar esta actividad energética con otras que se puedan realizar, como el transporte marítimo, la protección de los ecosistemas marinos o la pesca⁷⁴.

Una importante problemática que se resuelve con la ordenación del espacio marítimo es la convivencia de los parques eólicos marinos con áreas de protección de los ecosistemas marinos. La Unión Europea señala expresamente que:

los espacios marítimos designados para la explotación marina deben ser compatibles con la protección de la biodiversidad, tener en cuenta las consecuencias socioeconómicas para los sectores que dependan de la buena salud de los ecosistemas marinos e integrar en la medida de lo posible otros usos del mar⁷⁵.

Una buena forma de abordar la convivencia entre las áreas de desarrollo eólico marino y los espacios protegidos es el modelo alemán que establece zonas de exclusión, prohibiendo la instalación de los parques eólicos *offshore* a menos de 40 km. de distancia de las áreas de protección marina⁷⁶.

Las distintas estrategias de los países que han desarrollado están orientadas a la identificación previa de las áreas en que es factible instalar pro-

⁷² Especialmente, debe pensarse en un nuevo sistema autorizatorio del espacio marítimo, que facilite el despliegue de los parques eólicos marinos (u otras, como las plantas desalinizadoras), en Chile. Mientras no haya una reforma integral del régimen de autorizaciones de uso de la zona marítima, que facilite la autorización tipo de infraestructuras marinas, el modelo vigente será una barrera a su implantación. Este relevante tema será abordado en una nueva investigación que está en curso.

⁷³ COMISIÓN EUROPEA 2014, 7. En este sentido, por ejemplo, en Noruega la *Norwegian Water Resources and Energy Directorate* (NVE), en 2017 había identificado 15 áreas para instalar parques eólicos marinos. BANET 2017-a, 148. También en Francia, la *Stratégie Nationale pour la Mer et le Littoral*, SNML, de 2017, ha identificado 100 zonas en que podían instalarse estas infraestructuras. BANET 2017-b, 96.

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 8.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ SCHOMERUS, MALY 2017, 33.

yectos eólicos marinos, como una forma de reducir costes a las empresas, facilitar el proceso de autorización administrativa, conciliar la explotación energética de los océanos con la protección de sus ecosistemas, y prevenir en la medida de lo posible conflictos con la comunidad. Así por ejemplo, en Noruega, la *Norwegian Water Resources and Energy Directorate* (NVE), en 2017 había identificado 15 áreas para instalar parques eólicos marinos, que posteriormente han sido licitados en procesos competitivos⁷⁷.

Lo mismo ha hecho Japón, que en noviembre de 2018 presentó ofertas competitivas para zonas de promoción identificadas con antelación, en un nuevo marco nacional de incentivo a proyectos eólicos marinos. Además, de acuerdo con la normativa japonesa, el precio es solo uno de los elementos de competencias para los promotores en estos procesos de licitación, al cual debe sumarse a la idoneidad de los planes de ocupación en las zonas de promoción⁷⁸.

Como vemos, el desarrollo de la energía eólica marina ha sido parte de una planificación del espacio marítimo por los países que le permite conciliar los distintos usos de los océanos. Esta ordenación marina se representa en la identificación previa por parte del Estado de las diversas zonas en que es factible ambiental y técnicamente la instalación de parques eólicos marinos, para posteriormente realizar su adjudicación mediante procesos licitatorios, donde el precio es solo uno de los factores evaluados, que incluyen además otros aspectos referidos a la calidad del proyecto y su relación con el entorno.

3. Un régimen eficiente de permisos administrativos

Uno de los temas más complejos para el desarrollo de proyectos eólicos marinos ha sido el régimen de permisos administrativos y ambientales para su construcción y funcionamiento. Cassotta ha señalado que la falta de desarrollo de la energía eólica marina en Italia tiene como principal causa el engorroso sistema de licencias y autorizaciones del país, que ha operado como una verdadera barrera para el sector⁷⁹.

En Inglaterra y Gales, para proyectos de más de 100 MW han implementado una ventanilla única gestionada por un organismo público denominado "*Planning Inspectorate*", que concede las autorizaciones ambientales en tierra y en alta mar y también las autorizaciones de generación eléctrica. La solicitud de un proyecto eólico marino debe ser presentada a la *Planning Inspectorate* quien la examina y tramita, debiendo presentar un reporte ante la Secretaría de Estado respectiva, incluida la recomendación de aprobación o rechazo, en un plazo de seis meses.

Para los proyectos *offshore* de más de 100 MW, será la *Secretary of State for Communities and Local Government*, quien emitirá en un plazo de 3

⁷⁷ BANET 2017-a, 148-149.

⁷⁸ GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2020-a, 34.

⁷⁹ CASSOTTA 2017, 91.

meses una “*development consent order*”, en caso de acogerse el proyecto. En cambio, los proyectos de menos de 100 MW solo necesitan una “*required pursuant*” otorgada por la “*Marine Management Organisation (MMO)*”⁸⁰.

Alemania también ha implementado un modelo de ventanilla única que incluye a una autoridad que asume la gestión del procedimiento de licencia –*Bundesamt for Sdtschiffahrt und Hydrografie BSH*–. Esta se encarga de informar del proyecto y requerir las opiniones de los otros órganos involucrados en la autorización del proyecto, incluidas las organizaciones de protección ambiental. Finalmente, la BSH toma la decisión de otorgamiento o no de la licencia de explotación, tomando en consideración todas las opiniones recabadas⁸¹.

Debemos tener en consideración que en un procedimiento de autorización para la entrada en funcionamiento de un parque eólico marino participan una serie de organismos sectoriales, con competencias en el espacio marítimo, medioambiental, energético, etc. Asimismo, se involucran órganos de carácter nacional como regional y local. De esta forma, es fundamental adoptar un sistema de ventanilla única, que incluya la designación de un ente concreto que asuma la gestión de este proyecto, coordinando las diversas opiniones sobre el proyecto y que presente la propuesta fundada de aprobación o rechazo al órgano que finalmente decide.

4. El desarrollo de redes marinas de transmisión

Uno de los puntos más complejos de la energía eólica marina es el desarrollo de una red marina de transmisión que permita verter la electricidad en el sistema eléctrico del país. Hemos mencionado antes, que la Unión Europea puso énfasis en la necesidad de implementar una red marina interconectada en el Mar del Norte, como parte de la estrategia de promoción de esta fuente energética. En el mismo sentido, la recientemente anunciada estrategia de Reino Unido para acelerar su transición energética, incluye en el plan de acción relativo a la energía eólica marina una revisión del plan de desarrollo de la red eléctrica marina⁸².

La Comisión Europea ha advertido que “la mayoría de los parques eólicos marinos existentes se han desplegado como proyectos nacionales conectados directamente a la costa a través de enlaces radiales”. Que este modelo es útil para comenzar a implantar la energía eólica marina, pero que esta modalidad debe ser complementada con el desarrollo de “interconectores transfronterizos para el comercio de electricidad y la seguridad de suministro”⁸³.

Un sistema novedoso es el utilizado por Inglaterra y Gales, donde los desarrolladores de un proyecto eólico marino deben solicitar por separado

⁸⁰ SINGH 2017, 69-80; GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2014, 39.

⁸¹ SCHOMERUS, Maly 2017, 33-38.

⁸² HM GOVERNMENT 2020, 9.

⁸³ COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 12.

al operador del sistema de transmisión –*Office of Gas and Electricity Markets* (OFGEN)– la autorización de conexión a la red. La forma que se ha usado hasta ahora para la implementación de las redes de transmisión marina es que los generadores desarrollan y construyen estas infraestructuras y luego deben venderlas, en un plazo de 18 meses, a través de una licitación competitiva, a uno de los propietarios de transmisión *marina* (*Offshore transmission owner OFTO*), que adquieren y operan la red marina a través de tarifas de transmisión⁸⁴.

Debemos reconocer que este es un punto crítico en la implementación de un sistema de parques eólicos en Chile. El sistema de redes de interconexión del Mar del Norte sirve como referencia a los demás países sobre cómo avanzar en el mallado sostenible de una red de transmisión marina, pero esa realidad, con diversos países participando en el desarrollo de esta red que permite además la interconexión energética de estos países, difiere mucho de las características de la costa chilena, extensa y sin vecinos con quienes compartir esta red, a excepción del extremo norte con Perú.

Una solución que plantea la Unión Europea y que podría ser útil a Chile, es el desarrollo de islas energéticas, proyectos híbridos donde se instalan distintos parques eólicos marinos alrededor de una isla artificial que puede albergar un sistema de almacenamiento de electricidad, que se conecta al sistema eléctrico nacional a través de una única red. Además, pueden también operar en estas islas instalaciones de hidrógeno verde, que reduciría aún más los costes⁸⁵. En febrero de 2021 Dinamarca ha anunciado la construcción de la primera isla energética del mundo, que estará conectada a los parques circundantes y suministrará electricidad a los países de su entorno⁸⁶.

5. Un adecuado esquema de incentivos

Finalmente, revisaremos los distintos esquemas de incentivos regulatorios utilizados por los países para el desarrollo de la energía eólica marina. En el Reino Unido, la Energy Bill 2015/16, de 2015, introdujo un nuevo sistema de incentivos para proyectos de generación eléctrica bajos en emisiones de carbono, denominado contratos por diferencia (CfD). En este esquema, la empresa generadora suscribe un CfD con la empresa pública *Low Carbon Contracts Company* (LCCC)⁸⁷, que es un contrato de largo plazo en el que se fija un precio fijo por la electricidad producida, que refleja el costo de invertir en una tecnología bajo en emisiones de carbono: el precio de ejercicio (*strike price*). En virtud del CfD, la empresa eléctrica vende la electricidad en el mercado mayorista a precio de mercado, y cuando este es inferior al precio de ejercicio, recibe un pago adicional por parte de la LCCC, equivalente a la diferencia entre ambos precios. Como contrapartida, cuando el precio de

⁸⁴ OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS 2014; GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2014, 39.

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA 2020-a, 13.

⁸⁶ LÓPEZ 2021.

⁸⁷ El sistema de CfD es financiado con gravámenes y cargas impuestas a las empresas eléctricas que operan en Reino Unido.

mercado es mayor al precio de ejercicio, la empresa eléctrica debe pagar la diferencia de precio a la LCCC⁸⁸.

En cambio, Alemania con la *Erneuerbare-Energien-Gesetz* de 2014 (EEG-2014) estableció un sistema de incentivos *feed-in-premium*. Es decir, una prima sobre el precio de mercado de la electricidad. Este régimen tenía dos modelos: uno básico (establecido en la sección 50, EEG-2014) que garantizaba una prima de 15.40 céntimos de euro por kWh para un periodo de veinte años, que podía ser extendido 0,5 mes por cada milla náutica que el parque eólico marino se alejaba de la costa, a partir de las 12 millas náuticas marinas, y 1,7 meses por cada metro de profundidad del agua, iniciando desde los 30 mts. de profundidad. El segundo esquema, denominado modelo de aceleración (sección 50, subsección 2ª, EEG-2014), permitía al parque eólico recibir 19,4 céntimos de euro por kWh, durante los ocho primeros años si la instalación se ponía en marcha antes del 1 de enero de 2020, y para los siguientes años hasta completar su periodo de incentivos volvía al precio del modelo ordinario (15,40 céntimos de euro/kWh)⁸⁹.

Este esquema de incentivos está siendo reemplazado por el gobierno alemán para los proyectos que se presenten a partir de 2021. El gobierno ha estimado que la tecnología eólica marina en las costas alemanas se encuentra lo suficientemente madura para poder competir en el mercado de electricidad a través de un sistema especializado de subastas. Para ello, ha adoptado el modelo danés, que entrará en funcionamiento plenamente en 2026, donde el gobierno subastará los sitios donde se pueden instalar los parques eólicos. Estos lugares contarán con los estudios de factibilidad previos pertinentes por parte de la Administración, incluido el acoplamiento con las conexiones de la red⁹⁰.

Japón ha implantado en 2012 un régimen de *feed-in-tariff* para todas sus energías renovables, aunque con tarifas diferenciadas por tecnología. De esta forma, el Ministerio de Economía, Comercio e Industria aprobó en 2014 una tarifa para estas fuentes energéticas de 36 yenes/kWh (0.28 €/kWh) para la eólica *offshore*, que se ha actualizado periódicamente⁹¹.

Noruega, en cambio, no tiene un régimen específico para la energía eólica marina. Los proyectos con esta tecnología pueden recurrir a los incentivos comunes para todas las energías renovables elegibles: el esquema de certificados verdes, o el sistema de soporte para la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías (*R&D Policy*). Por tanto, el modelo noruego está inmerso en un sistema general de incentivos al desarrollo tecnológico-climático

⁸⁸ SINGH 2017, 69-73.

⁸⁹ SCHOMERUS, MALY 2017, 38-39; BLOMBERG 2014, 46-47.

⁹⁰ SCHOMERUS, MALY 2017, 39-40.

⁹¹ GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL 2020-a, 58.

que permita consolidar industrias enfocadas en la exportación de tecnologías hipocarbónicas⁹².

En cuanto al esquema de certificados verdes, general para todas las energías renovables elegibles (hidroelectricidad, eólica, solar, energía de los océanos, geotérmica y bioenergía), debe indicarse que se ha creado un mercado común de certificados verdes para Noruega y Suecia.

De acuerdo con la *Electricity Certificates Act*, N° 39-2011, las empresas generadoras que utilizan tecnología renovable elegible reciben un certificado (denominado *elcertificate*) por cada MWh producido, para un período de 15 años. Estos *elcertificates* son ofrecidos en este mercado común sueco-noruego de certificados verdes. La demanda se estimula generando una obligación a los proveedores de electricidad y a los grandes consumidores de electricidad de entregar certificados equivalentes a una proporción de la electricidad que suministran o consumen, fijada por el regulador energético. Si estos no poseen los certificados respectivos, deben adquirirlos en este mercado o de forma bilateral. La autoridad establece la obligación de cuota que debe certificar cada empresa eléctrica o gran consumidor, pero el precio de los *elcertificates* los fija el mercado. Las cuotas establecidas por el regulador han ido subiendo progresivamente hasta 2020, para luego comenzar a reducirse nuevamente hasta 2035. En 2036 este programa dejará de funcionar⁹³.

En Estados Unidos, a nivel federal, opera un sistema de financiamiento de energías renovables, incluida la eólica marina basado en el crédito fiscal a la producción (*production tax credit*, PTC) y, más recientemente, como alternativa se está usando el crédito fiscal a la inversión (*Investment Max Credit*, ITC). Mientras el sistema PTC es un crédito definido por los kWh de producción del parque de generación, en el ITC el financiamiento fiscal está delimitado por los gastos de capital. De esta forma, para los proyectos más intensivos en capital –como es el caso de los parques eólicos marinos–, les resulta más beneficioso este último sistema.

El reciente paquete de medidas anunciado por el Presidente Biden para incentivar la industria eólica offshore, fortalece este esquema de incentivos centrado en el crédito fiscal. Entre otras acciones ha enunciado el acceso a \$ 3 mil millones en capital de deuda para respaldar la industria eólica marina, a través del Departamento of Energy DOE. Como complemento se destinará un presupuesto de \$230 millones de dólares en préstamos para el desarrollo de infraestructura portuaria de apoyo a la eólica marina⁹⁴.

Corea del Sur, en cambio, ha implementado a partir de 2010 un esquema de incentivos *Renewable Energy Portfolio Standard* (RPS) para incentivar las energías renovables en general. Por tanto, se establecieron metas de producción con energías renovables, que los operadores eléctricos debían cum-

⁹² BANET 2017-a, 142-143.

⁹³ BANET 2017-a, 154-156; ENERGY FACTS NORWAY 2019.

⁹⁴ SCHOMERUS, MALY 2017, 38-39; BLOMBERG 2014, 46-47.

plir. Si no cumplen con las cuotas establecidas por ley, reciben fuertes sanciones económicas. Sin embargo, pueden suplir sus déficits en producción con renovables comprando certificados de suministro de energía renovable (REC). Este modelo tradicional de RPS, no obstante, tiene una particularidad: se ha creado una tabla multiplicadora de los REC para cada fuente energética renovable. De esta manera, se reconoce el mayor coste de unas energías renovables sobre otras y se incentiva ciertas tecnologías estratégicas como la eólica marina⁹⁵.

Así, la tabla multiplicadora establece para la energía solar un factor de entre 0,7 y 1,5 por cada certificado de suministro de energía renovable que se adquiera; para la hidroelectricidad, la bio-energía y la eólica terrestre es de 1.0, y; para la eólica *offshore* el factor es de 1,5 si está a menos de 5 km de la costa, y si el parque eólico marino se ubica a más de 5 km, será de 2,0 para el caso de las instalaciones finjas y de hasta 2,5 para tecnologías flotantes⁹⁶.

En definitiva, los diversos esquemas de incentivos establecidos por los países para el incentivo de la energía eólica marina forman parte del régimen común de estímulos a todas las energías renovables, aunque reconocen las especialidades de dicha fuente energética, emanadas de sus complejidades técnicas y mayor coste, para establecer algunas modalidades que premian la inversión en esta tecnología.

Conclusiones

La electricidad es la fuente energética del futuro. Es una energía que puede lograr la neutralidad carbónica si es producida con energías limpias. De esta forma, las energías renovables han pasado a ser el centro neurálgico de la estrategia de descarbonización de la Economía mundial.

En este contexto, las posibilidades de la energía eólica marina, con una capacidad técnica de 15,6TW –según estimaciones del banco Mundial–, la convierten en una fuente energética esencial para la transición hacia un modelo energético climáticamente sostenible. Como hemos podido ver, el incentivo a este recurso energético forma parte de la estrategia que los países han comenzado a elaborar para la transición hacia la neutralidad climática.

Este rol que la comunidad internacional ha asignado a esta fuente energética, como parte de la acción global por el clima, sumado a la reducción de precios y el desarrollo técnico logrado, ha dado lugar a un importante avance de esta tecnología en los últimos 10 años. De esta forma, las proyecciones de organismos como la IEA o la UE sitúan a la eólica marina como una de las principales fuentes energéticas en el horizonte 2050.

En este sentido, si bien la Unión Europea reconoce que los costes de financiamiento representan entre el 35 y el 50% del costo total de generación

⁹⁵ LEE 2017, 262-263.

⁹⁶ *Ibid.*, 263-264.

con eólica marina, también recuerda que los distintos marcos y políticas de apoyo permiten ahora que los proyectos aseguren financiamiento de bajo coste en Europa, con licitaciones sin subsidio⁹⁷. De esta forma, se espera que en los próximos años sea una fuente energética plenamente competitiva.

Como consecuencia, diversos países han comenzado a actualizar sus estrategias climáticas incorporando compromisos concretos en la capacidad instalada de eólica *offshore* para los próximos años. La transición hacia una Economía neutra en carbono exige incorporar todas las energías renovables disponibles para lograr una matriz energética libre de emisiones.

Al mismo tiempo, la implantación de la energía eólica marina permite estimular la innovación y el desarrollo tecnológico asociado a esta industria. Ello significa también un fuerte impulso al empleo cualificado, tal como recogen las propuestas presentadas recientemente por Reino Unido, Francia y Estados Unidos, respectivamente.

El desarrollo de la energía eólica marina requiere de un acompañamiento normativo que incluye una estrategia clara y régimen jurídico estable, funcional y sistémico, que otorgue seguridad jurídica a los inversores, por tratarse de una industria intensiva en inversión. Este marco debe incluir definiciones en torno al sistema de concesiones del suelo marino, su renovación o el desarrollo de la red marina de transmisión.

Asimismo, debe garantizarse un régimen de licencias y autorizaciones administrativas de ventanilla única, que evite los retrasos innecesarios en la tramitación de permisos, elevando los costes. La gestión de estas autorizaciones debe ser encargada a un único órgano especializado, quien se encargará de la tramitación, que incluye recabar la opinión de los diversos entes sectoriales competentes. La decisión final, podrá ser entregada a un órgano distinto que resuelve tomando en consideración todos los aspectos relacionados con la tramitación del proyecto, aceptando o rechazando la propuesta entregada por el ente que ha tramitado la solicitud.

En cuanto al desarrollo de las redes marinas para transportar la electricidad al sistema eléctrico nacional, se trata, sin duda, de una de las cuestiones más complejas para la energía eólica marina. Nos parece que la mejor solución es el impulso de islas energéticas que agrupen un conjunto de parques eólicos marinos que se conecten a través de una única red con el territorio nacional.

Finalmente, los diversos esquemas de incentivos revisados nos permiten entender la importancia de la energía eólica marina en el futuro energético de los países. Si bien, no se han elaborado mecanismos de estímulos específicos para esta tecnología, sí se han realizado ajustes para incorporar sus características técnicas y económicas, atendida su relevancia en la transición hacia un modelo energético poscarbono.

⁹⁷ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY 2019-b, 12.

Este debería ser el elemento central de una futura estrategia de promoción de esta tecnología en el país. Avanzar hacia la segunda fase de impulso de las energías renovables, y en particular de la eólica marina, donde el precio de la electricidad sea solo un elemento de decisión, que comparte importancia con la fiabilidad del sistema y la descarbonización de la matriz.

Bibliografía citada

- ARIÑO, G. (Dir.) (2006). *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*. Comares.
- BANET, C. (2017-a). Legal Framework to Develop Offshore Wind Power in Norway. En A. Ming-Zhi y C. Fan. (Eds.), *The development of a Comprehensive Legal Framework for the Promotion of Offshore Wind Power. The Lessons from Europe and Pacific Asia* (pp. 141-185). Wolters Kluwer.
- BANET, C. (2017-b). Legal Framework to Develop Offshore Wind Power in France. En A. Ming-Zhi y C. Fan. (Ed.), *The development of a Comprehensive Legal Framework for the of Offshore Wind Power. The Lessons from Europe and Pacific Asia* (pp. 90-123). Wolters Kluwer.
- BERTOLDI, P. (Ed.) (2018). *Guidebook 'How to develop a Sustainable Energy and Climate Action Plan (SECAP)'*. Publications Office of the European Union.
- BLOMBERG, S. (2014). *The realization of offshore wind park projects in Germany - political environment, legal framework and bankability implications*. Anchor Academic Publishing.
- BLOOMBERG NEF (9 de noviembre de 2020). *Climatescope Emerging Markets Outlook 2020. Energy transition in the world's fastest growing economies*. Global Climatescope. <https://global-climatescope.org/assets/data/reports/climatescope-2020-report-en.pdf>.
- CASSOTTA, S. (2017). Legal Framework to Develop Offshore Wind Power in Italy. En A. MING-ZHI y C. FAN (Eds.). *The development of a Comprehensive Legal Framework for the Promotion of Offshore Wind Power. The Lessons from Europe and Pacific Asia* (pp. 87-102). Wolters Kluwer.
- CASSOTTA, S. (2016). The Paris Agreement in Logic of Multi-Regulatory Governance: A Step Forward to a New Concept of 'Global Progressive Adaptive-Mitigation'? *Energy Environmental Law and Policy Series*, 25 (6), 196-212.
- DIALEc (31 de marzo de 2021). El parc eòlic mare Sofia, que RWE desenvolupa en aigües de la Mar del Nord britànica, serà el primer en equipar-se amb els aerogeneradors de 14 MW de Siemens-Gamesa. <https://dialec.blogspot.com/2021/03/el-parc-eolic-mar-sofia-que-rwe.html?m=1>.
- DÍAZ, V. (2016). Los retos de la energía eólica marina en España: El papel de las C.C.A.A. y la ordenación de los espacios marinos ante la Directiva 2014/89/CE. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 56, 1-26.
- ENERGÍAS RENOVABLES (8 de febrero de 2021). Europa invierte la cifra récord de 26.000 millones de euros en eólica marina. <https://www.energias-renovables.com/eolica/europa-invierte-la-cifra-record-de-26-20210208>.
- ENERGÍAS RENOVABLES (29 de julio de 2020). La capacidad instalada renovable llega al 24% y genera más del 18% del total. <https://www.energias-renovables.com/panorama/la-capacidad-instalada-renovable-llega-al-24-20200729>.
- ENERGY FACTS NORWAY (2019). "Electricity certificates". <https://energifaktanorge.no/en/regulation-of-the-energy-sector/elsertifikater/>
- EUROPEAN WIND ENERGY ASSOCIATION (2011). The European offshore wind industry key trends and statics 2010. http://www.ewea.org/fileadmin/files/library/publications/statistics/20110121_Offshore_stats_Full_Doc_final.pdf.
- GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL GWEC (2020a). *Global Offshore Wind Report 2020*. GWEC.
- GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL GWEC (2020b). *Offshore Wind Market Readiness Assessment*. GWEC.

- GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL GWEC (2014). *Offshore Wind Policy and Market Assessment. A Global Outlook*. https://gwec.net/wp-content/uploads/2021/01/GWEC_Offshore-Wind-Policy-and-Market-Assessment---A-global-outlook_2014.pdf.
- GOUVERNEMENT DE FRANCE (2020). *Plan National Integre Energie-Climat de la France*. https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/fr_final_necp_main_fr.pdf.
- GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (2015). *Cambio Climático 2014. Informe de síntesis. Contribuciones de los grupos de trabajo I, II, y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. IPCC.
- HENDERSON (2002). Offshore wind in Europe: The current state of the art. *Refocus*, 3 (2), 14-17.
- HM GOVERNMENT (2020). *The Ten Point Plan for a Green Industrial Revolution*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/936567/10_POINT_PLAN_BOOKLET.pdf.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY (2019a). *Renewable capacity statistics 2019*. IRENA.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY (2019b). *Offshore Wind Outlook 2019. World Energy Outlook Special Report*. <https://webstore.iea.org/offshore-wind-outlook-2019-world-energy-outlook-special-report>.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (2019a). *Offshore Wind Outlook 2019. World Energy Outlook Special Report*. IEA Publications.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (2019b). *Global Energy & CO2 Status Report. The latest trends in energy and emissions in 2018*. IEA Publications.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (2019c). *Renewables 2019. Analysis and forecast to 2024*. IEA Publications.
- KOOHI-FAYEGH, S. y ROSEN, M. (2020). A review of energy storage types, applications and recent developments. *Journal of Energy Storage*, 27, 1-23.
- LEE, E. (2017). Legal Framework to Develop Offshore Wind Power in Korea. En A. MING-ZHI y C. FAN (Eds.), *The development of a Comprehensive Legal Framework for the Promotion of Offshore Wind Power. The Lessons from Europe and Pacific Asia* (pp. 255-275). Wolters Kluwer.
- LEVITT, A. et al. Pricing offshore wind power. *Energy Policy*, 39, pp. 6408-6421.
- LÓPEZ, S. (19 de febrero de 2021). Dinamarca construirá la primera isla energética del mundo en el Mar del Norte. <https://ielektro.es/2021/02/19/dinamarca-isla-energetica-eolica/>.
- LUCAS, A. (2017). Novedades del Sistema de Protección Internacional de Cambio Climático: el Acuerdo de París. *Estudios Internacionales*, 49 (186), 137-167.
- OCEAN RENEWABLE ENERGY ACTION COALITION (2020). *The power of our Ocean*. <https://gwec.net/oreac/>.
- OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS (2014). Offshore Transmission (OFTO) regime, now fully in place, set to achieve further savings. <https://www.ofgem.gov.uk/press-releases/offshore-transmission-of-to-regime-now-fully-place-set-achieve-further-savings>.
- OLIVARES, A. (2021). Energía eólica marina en España, una asignatura pendiente. En L. MORENO y C. VILLANUEVA (coords.), *Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía. Regulación de la transición Energética. El derecho de la energía sostenible* (vol. III) (pp. 165-193). Universidad Externado de Colombia.
- OLIVARES, A. (2019). El papel que desempeña la tecnología en la construcción del nuevo modelo energético postcarbón. En L. MORENO y C. VILLANUEVA (coords.), *Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía. Regulación de la transición Energética* (vol. II) (pp. 563-586). Universidad Externado de Colombia.
- PAREJO, L. (2010). El sistema energético. En L. PAREJO et al., *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia* (pp. 597-644). Tirant lo Blanch.
- PARLAMENTO EUROPEO (2018). *Emisiones de gases de efecto invernadero por país y sector (infografía)*. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20180301STO98928/emisiones-de-gases-de-efecto-invernadero-por-pais-y-sector-infografia>.
- POLLITT, M. (1999). Issues in electricity market integration and liberalization. En L. BERGMAN et al., *A European Market for Electricity?* (pp. 27-86). Centre for Economic Policy Research.

- PROGRAMA DE NACIONES LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2020). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>.
- RAMÍREZ, L.; FRAILE, D. y BRINDLES, G. (2021). *Offshore Wind in Europe. Key trends and Stistics 2020. WindEurope Report*. <https://windeurope.org/intelligence-platform/product/offshore-wind-in-europe-key-trends-and-statistics-2020/>.
- RAMÍREZ, L., FRAILE, D. y BRINDLES, G. (2020). *Offshore Wind in Europe. Key trends and Stistics 2019. WindEurope Report*. <https://windeurope.org/wp-content/uploads/files/about-wind/statistics/WindEurope-Annual-Offshore-Statistics-2019.pdf>.
- REVISTA EÓLICA Y DEL VEHÍCULO ELÉCTRICO REVE (7 de marzo de 2020). Primeros pasos de la eólica marina en Brasil. <https://www.evwind.com/2020/03/07/primeros-pasos-de-la-eolica-marina-en-brasil/>.
- RIVERO, P. (2011). Mi visión del sector eléctrico: ¿mercado o regulación? *Cuadernos de Energía*, 31 (2), 64-68.
- RODRÍGUEZ, L.; PEREIRA, I. y TOVAL, N. (2011). *Impactos ambientales de un parque eólico marino. Retos y oportunidades. El caso de Huelva*. [Tesis de fin de Máster, Escuela de Organización Industrial].
- SANZ, J. (2007). Aproximación al régimen jurídico sobre parques eólicos: Una asignatura pendiente. *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 899-924.0.
- SCHOMERUS, T. y MALY, C. (2017). Legal Framework to Develop Offshore Wind Power in Germany. En A. Ming-Zhi y C Fan (Eds.), *The development of a Comprehensive Legal Framework for the Promotion of Offshore Wind Power. The Lessons from Europe and Pacific Asia* (pp. 30-67). Wolters Kluwer.
- SINGH, N. (2017). Legal Framework to Develop Offshore Wind Power in United Kingdom. En A. Ming-Zhi y C. Fan (Ed.), *The development of a Comprehensive Legal Framework for the Promotion of Offshore Wind Power. The Lessons from Europe and Pacific Asia* (pp. 63-88). Wolters Kluwer.
- WERNER, S. (2017). International review of district heating and cooling. *Energy*, 137, 617-631.
- WIND EUROPE (2019). *Offshore Wind in Europe. Key trends and statics 2018*. <https://windeurope.org/wp-content/uploads/files/about-wind/statistics/WindEurope-Annual-Offshore-Statistics-2018.pdf>.
- WORLD BANK & ENERGY SECTOR MANAGEMENT ASSISTANCE PROGRAM (2020). *Offshore wind technical potential. Maps*. <https://esmap.org/node/197070>.
- WORLD BANK (2021). *Renewable energy consumption*. <https://data.worldbank.org/indicator/EG.FEC.RNEW.ZS>.
- WORLD BANK (2019). *Going Global: Expanding offshore wind to emerging markets*. Washington D.C.: World Bank Group. <http://documents.worldbank.org/curated/en/716891572457609829/Going-Global-Expanding-Offshore-Wind-To-Emerging-Markets>.

Normativa citada

- Acuerdo de París. 12 de diciembre de 2015.
- Unión Europea. Comisión Europea (2020a). Una estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina para un futuro climáticamente neutro, 19 de noviembre de 2020, COM (2020) 741 final.
- Unión Europea. Comisión Europea (2020b). Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: Invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficios de nuestros ciudadanos, 19 de septiembre de 2020, COM (2020) 562 final.
- Unión Europea. Comisión Europea (2019). El Pacto Verde Europeo, 11 de diciembre de 2019, COM (2019) 640 final.
- Unión Europea. Comisión Europea (2014). La energía azul. Medidas necesarias para aprovechar el potencial de la energía oceánica de los mares y océanos europeos hasta 2020 y en adelante, 20 de enero de 2014, COM (2014) 8 final.
- Unión Europea. Comisión Europea (2012). Crecimiento azul. Oportunidades para un crecimiento marino y marítimo sostenible. COM (2012) 494 final.

- Unión Europea. Comisión Europea (2010). Las prioridades de la infraestructura energética a partir de 2020 - Esquema para una red de energía europea integrada, 17 de noviembre de 2010, COM (2010) 977 final.
- Unión Europea. Comisión Europea (2008). Energía eólica marina: Acciones necesarias para alcanzar los objetivos de política energética para el año 2020 y los años posteriores, 12 de diciembre de 2008. COM (2008) 768 final.
- European Commission (2018). A Clean Planet for all. A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy, 28 de noviembre de 2018, COM (2018) 773 final.
- Ministerio para la Transición Ecológica y el reto Demográfico (2021). Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se resuelve la primera subasta celebrada para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables al amparo de lo dispuesto en la orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre. Disponible en: https://energia.gob.es/electricidad/energias-renovables/convocatorias/Documents/Resolucionsubasta_26012021.pdf.
- Parlamento y Consejo Europeos (2014). Directiva 2014/89/UE, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo. DOUE L 257/135, 23 de julio.

Indemnización por actos ilegales o arbitrarios generados en la adjudicación de una licitación pública: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema *González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue* (2019)

Carolina Helfmann Martini*

I. Antecedentes de la sentencia

1. Historia procesal

En una reciente sentencia (15 de marzo de 2021) la Corte Suprema se pronunció acerca de la posibilidad de indemnizar perjuicios los ocasionados con motivo de una adjudicación declarada ilegal y arbitraria por parte del Tribunal de la Contratación Pública ("TCP").

Los antecedentes de esta controversia jurídica se remontan al año 2016 cuando la I. Municipalidad de Dalcahue convocó a un procedimiento de licitación pública para efectos de contratar la "Reposición Posta Tehuaco-Quetalco, comuna de Dalcahue". Tal procedimiento finalizó con uno de los proponentes adjudicados y con la presentación de una demanda ante el TCP por parte del oferente no adjudicado Sr. Fernando González Paredes. Esta acción fue acogida declarándose ilegal y arbitraria: el acta de apertura; la orden de compra; y el decreto de adjudicación. La sentencia del TCP fue emitida el 17 de junio de 2016.

Posteriormente, el 19 de junio del mismo año, el oferente no adjudicado inició una acción de indemnización de perjuicios, la cual fue tramitada ante el Juzgado de Letras de Castro (Rol N° 1070-2017) y

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica y LLM por la Universidad de Cambridge. Doctoranda de la Universidad de los Andes y Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: chelfma1@uc.cl. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana.

Artículo recibido el 15 de mayo de 2021 y aceptado el 16 de junio de 2021.

rechazada por el mismo. La sentencia de primera instancia fundamenta el rechazo en la circunstancia de que el acto de adjudicación no se encuentra invalidado. Por ende, ha seguido produciendo todos sus efectos y consolidando la situación jurídica del tercero adjudicado de buena fe (considerando duodécimo). Adicionalmente, agrega que para dejar sin efecto el acto de adjudicación se debió haber ejercido la acción de nulidad de derecho público (considerando décimo tercero). También último, se citan las bases administrativas, dado que la mismas establecían que las propuestas no aceptadas no tendrán derecho a indemnización. En base a lo anterior, concluye que el actor tenía una mera expectativa de adjudicarse la licitación.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Rol N° 702-2018), emitida con fecha 17 de enero de 2019, procede a confirmar el pronunciamiento de primera instancia. Para fundamentar lo mismo, analiza y descarta, de manera breve, cada uno de los argumentos expuestos por el recurrente. En cuanto a la ausencia de adecuada fundamentación, la sentencia sostiene que el tribunal de primera instancia se hizo cargo de la prueba rendida y que además existe una adecuada resolución del asunto. Respecto del segundo argumento –en cuanto a no ser la vía idónea para anular el acto– la Corte de Apelaciones comparte lo sostenido por el recurrente y elimina este considerando, aunque sostiene que comparte los argumentos de fondo contenidos en el considerando décimo cuarto, de acuerdo al cual el recurrente tenía una mera expectativa de resultar adjudicado. El tercer argumento –ultra petita– es rechazado por considerar que el recurrente no sufrió perjuicios. Por último, se alega la improcedencia de la mera expectativa en base a la existencia de la sentencia del TCP. Al respecto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt señala que, si bien la sentencia del señalado tribunal se pronuncia sobre la ilegalidad y arbitrariedad por parte de la denunciada Municipalidad, ella no decide la adjudicación y tampoco ordena que la demanda de perjuicios sea acogida. Por ende, es en sede civil donde se debe discutir la concurrencia de la totalidad de los requisitos exigidos para configurar un caso de responsabilidad.

Finalmente, la sentencia de la Corte Suprema (Rol N° 4.960-2019) acoge el recurso de casación en la forma y luego revoca y acoge la acción de indemnización de perjuicios.

2. Cuestiones sometidas a conocimiento de la Corte Suprema a través del recurso de casación en la forma

El vicio denunciado fue la ausencia de consideraciones de hecho y de derecho para desestimar la demanda interpuesta, así como no ponderar la prueba rendida en autos, además de no realizar ningún análisis que le permitiera llegar a la determinación en cuanto a la inexistencia de los perjuicios demandados por concepto de lucro cesante.

II. Decisión de la corte suprema y relevancia de la misma

1. Fundamentos de la decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema dictó dos sentencias. La primera acogiendo la casación en la forma y luego revocando la sentencia impugnada y dictando una de reemplazo.

En cuanto a la sentencia que revoca el fallo de la Corte de Apelaciones y acoge la acción de indemnización de perjuicios, lo primero que determina es el régimen de responsabilidad de acuerdo al cual se debe resolver la controversia. Así, cita el artículo 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que establece que la responsabilidad de los entes municipales “procederá especialmente por falta de servicio”.

En base a ello, sostiene que la falta de servicio imputada consiste en adjudicar indebidamente una licitación, concluyendo que:

Conforme a los hechos que se han tenido por establecidos en lo que precede, es posible concluir que la falta de servicio que el actor atribuye a la demandada efectivamente concurre en la especie, pues, al adjudicar la licitación pública denominada “Reposición Posta Tehuaco-Quezalco, comuna de Dalcahue” al oferente Álex Fritz Oyarzún, el municipio transgredió el principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el inciso 3° del artículo 10 de la Ley N° 19.886. En efecto, la referida determinación configura el mal funcionamiento del servicio que sirve de basamento a la demanda, en tanto la misma fue acordada de manera ilegal, toda vez que, como se dio por establecido por el Tribunal de Contratación Pública, la oferta presentada por el interesado que obtuvo en el concurso quebrantó lo establecido en las Bases Administrativas que lo regían al no incorporar en su oferta económica el concepto llamado “número de hombres-mes”, evento en el que, de acuerdo a lo previsto en el N° 5.4 de las mismas, tal propuesta debió ser rechazada de plano (considerando séptimo).

Posteriormente, la Corte Suprema establece que se debe determinar si procede la demanda, considerando que el hecho generador de la misma se produjo en una fase previa al contrato mismo. Para tal efecto, revisa doctrina civilista en relación con la responsabilidad precontractual (considerando noveno). Luego, agrega que el contrato administrativo debe contar con ciertas formalidades previas y coetáneas. Respecto de las previas, se refiere a los mecanismos de contratación: licitación pública, licitación privada y trato directo.

En base a lo anterior, agrega que:

Así las cosas, y dado que dicha etapa preparatoria, como se dijo, forma parte integrante del proceso de contratación pública, del que constituye un elemento de la esencia, forzoso es concluir que la anotada falta de servicio obliga a la demandada a resarcir al actor los perjuicios que la misma le haya provocado, conforme a lo prescrito en el artículo 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, puesto que al

adoptar la decisión adjudicatoria en comento, vulneró los deberes que la buena fe le impone en esta etapa previa o inicial del íter contractual, considerando que, con infracción a las normas que la propia Administración se dio para regular el certamen de que se trata, declaró vencedor a un interesado que, no obstante, debió ser excluido del concurso (considerando décimo primero).

Luego, la Corte Suprema resume los puntajes obtenidos por cada uno de los tres proponentes y concluye que si la I. Municipalidad de Dalcahue hubiese actuado de manera debida debió haber adjudicado la licitación al recurrente pues contaba con una contundente ventaja en relación con el tercer oferente (considerando décimo tercero).

Por ende, el perjuicio ocasionado es la pérdida de la ganancia a la que tenía legítimo derecho dado que su oferta era la mejor evaluada, estableciendo la sentencia que:

(...) contaba con una chance relevante de obtener en la licitación de que se trata, puesto que los antecedentes objetivos con que cuenta esta Corte acreditan que la ventaja que obtuvo respecto de su único competidor era de tal relevancia que, un proceder guiado por la razón y la objetividad, debió conducir al ente edilicio a preferir a aquel interesado que satisfacía de mejor manera las exigencias establecidas por el ente público (considerando décimo cuarto).

Finalmente, en cuanto a la naturaleza y montos de los perjuicios resarcidos, se declara inadmisibles el monto solicitado correspondiente a la "obtención de mejor precio por compra en volumen de materiales de construcción", dado que no se explica en qué consiste y tampoco su vinculación con la falta de servicio. En cuanto al lucro cesante, lo declara comprobado (considerando décimo séptimo) y concluyó que la ganancia justa corresponde al 5% del precio total de la oferta presentada por el recurrente.

2. Relevancia de la decisión de la Corte Suprema

Esta sentencia trata acerca de la posibilidad de demandar perjuicios en caso de no resultar adjudicado en un procedimiento de contratación, dada la ocurrencia de una actuación ilegal o arbitraria por parte de la entidad pública adjudicadora, siendo lo mismo acreditado por el TCP.

Las interrogantes que se han planteado se relacionan principalmente con los elementos que permiten configurar una hipótesis de responsabilidad extracontractual.

Así, se trata de un tema que ha sido objeto de varios pronunciamientos judiciales previos y que hoy adquiere especial relevancia dado que actualmente se tramita una modificación a la Ley N° 19.886 sobre Bases de los Contratos de Suministro y Prestación de Compras Públicas ("Ley de Compras Públicas"), que pretende aclarar este tema según se expondrá a continuación.

III. Consideraciones previas al análisis de la sentencia rol N° 4.960-2019

1. Aspectos generales en cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado

a) *Dos sistemas de responsabilidad: teorías objetiva y subjetiva*

Como es bien sabido, en relación con la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia ha transitado entre dos teorías. Así, han existido períodos marcados por la teoría objetiva y otros por la teoría subjetiva. Hoy no hay duda de que se aplica esta última teoría. Por ende, se requiere acreditar un factor de imputación. En el caso de nuestro ordenamiento, y en virtud de un análisis armónico entre el texto constitucional (artículo 38) y la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículos 4 y 42), ese factor de imputación es la falta de servicio. Así, se debe acreditar que: la Administración no ha actuado; ha actuado de manera tardía; o bien ha actuado de manera indebida.

b) *Distinción entre ilegalidad y falta de servicio*

Adicionalmente, la jurisprudencia también se ha encargado de distinguir entre ilegalidad y falta de servicio. Así, en causas relativas a la indemnización de perjuicios derivadas de procedimiento de licitación, ha señalado:

Que en el mismo orden de ideas, y tal como lo ha resuelto esta Corte Suprema, es necesario precisar “que no toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes. De este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma, o de incompetencia cuando la misma medida hubiere podido ser este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma (...) (considerando décimo sexto)¹.

Asimismo, se ha señalado que: “(...) Lo mismo ocurre tratándose de errores de apreciación que puedan conducir a la anulación de un acto, o cuando la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular” (Considerando décimo octavo de la sentencia de reemplazo, de fecha 02 de Agosto de 2010, dictada en autos Rol N° 7.522-2008, caratulados “Inmobiliaria San Andrés con Municipalidad de Villarrica; reiterado en los autos Rol N° 3.706-2010, caratulados “Pozo Saavedra con Municipalidad de Las Condes”, sentencia de 30 de enero de 2013)” (considerando noveno)².

¹ Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

² Corte Suprema. Rol N° 2.795-2015.

c) *Requisitos de la responsabilidad*

Finalmente, cabe tener en consideración que la responsabilidad del Estado requiere la acreditación de ciertos requisitos. En este sentido, y en relación con las sentencias del TCP, se ha sostenido lo siguiente:

Que, adicionalmente, atendido los contornos en que se ha dado la litis, resulta necesario poner de relevancia que ni aun el establecimiento de que la Administración ha incurrido en falta de servicio, conduce necesariamente al acogimiento de una pretensión resarcitoria, por cuanto para que esta prospere se precisa de la concurrencia de los demás elementos de la responsabilidad, siendo fundamental la existencia del daño, pues sin este último no nace el derecho a ser indemnizado; requiriéndose forzosamente que el daño alegado y probado se encuentre en relación de causalidad con el actuar ilícito del demandado, que para el caso de la Administración se produce cuando ha mediado la falta de servicio (considerando décimo octavo)³.

Así, para que se lugar a una acción resarcitoria se debe acreditar: la falta de servicio por parte de un organismo de la Administración del Estado; el daño causado con motivo de tal falta de servicio; y la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño sufrido por un particular. Todos estos elementos serán analizados en relación con los sostenido por la sentencia Rol N° 4.960-2019.

2. La competencia del TCP y los efectos de sus sentencias

a) *El texto normativo actual*

El TCP actualmente cuenta con una competencia limitada desde el inicio del procedimiento de contratación y hasta la adjudicación. Además, su competencia se encuentra circunscrita a la declaración de actos arbitrarios o ilegales. Así, como ha recogido la doctrina nacional, el TCP tiene competencia restrictiva en términos procedimentales, objetivos y materiales⁴.

De conformidad a lo anterior, no cuenta con facultad para declarar los perjuicios sufridos con motivo del acto ilegal o arbitrario. Sin embargo, el texto normativo vigente prevé lo siguiente en relación con la sentencia definitiva: "(...) el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho" (artículo 26 inciso primero de la Ley N° 19.886)

De esta manera, si bien no hay un reconocimiento expreso en cuanto a servir de título para efectos de demandar perjuicios en un tribunal ordinario, se reconoce la posibilidad de ordenar "medidas para reestablecer el imperio del derecho". La pregunta, por tanto, es si esta facultad permite dar lugar a

³ Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

⁴ VERGARA y BARTLETT, 2017, 66.

un derecho a demandar perjuicios o no sin tener que acreditar el daño y el vínculo de causalidad. En el caso municipal la jurisprudencia se ha basado en el artículo 152. Por ende, no existe una regla general. En línea con lo mismo, el pasado 30 de marzo ingresó un proyecto de ley que intenta, entre otras cosas, aclarar el efecto de las sentencias del TCP.

b) La modificación normativa en actual tramitación

El referido Proyecto de Ley (Boletín N° 14.137-05), tiene por propósito modificar la Ley de Compras Públicas, entre otros cuerpos legales, introduce una serie de cambios relativos al TCP. Respecto de los efectos de las sentencias, el texto propuesto (artículo 26 septies) es el siguiente:

Cuando por sentencia firme ejecutoriada se hubiere dado lugar a alguna de las acciones de impugnación señaladas en los numerales 1), 2) y 5) del artículo 24, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren.

La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en seis meses, contados desde la fecha en que se encuentre firme la sentencia a que hace alusión el inciso primero.

En todo caso, ello no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que produjo el perjuicio, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra.

Así, en términos generales, el Proyecto de Ley no es lo suficientemente claro en cuanto a los efectos de las declaraciones realizadas por el TCP. Por lo mismo, resulta conveniente revisar los elementos de la responsabilidad a partir de la sentencia en comento y teniendo presente la jurisprudencia previa.

IV. Comentarios a la sentencia Rol N° 4.960-2019

1. Una primera aclaración: en materia de perjuicios ocasionados con motivo de un procedimiento de contratación se aplica el régimen general de la responsabilidad

Como fue antes señalado la situación fáctica que suele darse es una sentencia del TCP que declara ilegal o arbitraria la adjudicación, pero en que ya no es posible adjudicar a otro de los oferentes, por cuanto el contrato se encuentra en ejecución. En este sentido, el TCP suele agregar al término de sus sentencias una declaración de un tenor similar a la siguiente: "sin perjuicio de otros derechos que a la demandante puedan corresponder para reclamar las indemnizaciones que estime procedentes, en la sede jurisdiccional que la ley establece".

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que:

(...) la declaración de ilegalidad contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública a propósito de la licitación de que se trata es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, en especial porque el oferente tiene una mera expectativa (y no un derecho adquirido como ha sostenido el actor) de adjudicarse el contrato, posibilidad que para concretarse depende, entre otros factores, de que la Administración califique su oferta como la más conveniente al interés público (...). En resumen, no se advierte la ocurrencia de los vicios que el recurrente imputa a los sentenciadores, pues, a diferencia de lo alegado por él, para que proceda la indemnización exigida es preciso que se demuestre la concurrencia de todos y cada uno de los supuestos de la acción resarcitoria intentada, sin que baste a este fin y por sí sola la declaración de ilegalidad efectuada por el Tribunal de Contratación Pública (...) (considerando noveno)⁵.

De esta manera, en esta sentencia redactada por el ex ministro Pierry, se deja claramente establecido que siempre en sede civil se deben acreditar los elementos de la acción resarcitoria. Por ende, la existencia de un fallo favorable del TCP no implica sustraerse de la acreditación de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

De acuerdo a lo anterior, en la materia en comento se mantiene el régimen general de responsabilidad que exige la acreditación de ciertos requisitos, como por lo demás ha sido reconocido por la Corte Suprema en oportunidades anteriores⁶⁻⁷. En este sentido, sin perjuicio de las declaraciones que haga la sentencia del TCP igualmente será necesario probar en sede de justicia ordinaria todos los elementos de la responsabilidad.

Lo anterior, en teoría resulta efectivo y así lo señala expresamente la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sin embargo, es un hecho cierto que esta misma jurisprudencia ha reconocido en algunos casos la relevancia de las sentencias del TCP, al punto de eximir en la práctica de la acreditación de alguno de los elementos de la responsabilidad, especialmente en lo referido al factor de imputación. Ello justamente ocurre en el caso en comento.

2. Análisis de los elementos para configurar la responsabilidad de los entes públicos en el caso de licitaciones indebidamente adjudicadas

a) *La falta de servicio como factor de imputación*

Como ya fue sostenido, en materia de actuaciones pre contractuales declaradas ilegales o arbitrarias cualquier aspiración de resarcimiento patrimonial debe acreditar la falta de servicio por parte de la Administración.

⁵ Corte Suprema. Rol N° 11.364-2015.

⁶ Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

⁷ Corte Suprema. Rol N° 16.702-2014.

La sentencia objeto de este comentario mantiene el mismo criterio. Sin embargo, resulta interesante que la misma, sin decirlo expresamente, reconoce un efecto particular a la sentencia del TCP. Así, también ha sido reconocido por doctrina⁸ comentando sentencias previas⁹⁻¹⁰.

Así, para la Corte Suprema la sentencia del TCP tiene valor y sirve para configurar la falta de servicio. En efecto, la Corte Suprema intenta justificar la acreditación de la falta de servicio, sin embargo, principalmente se refiere al pronunciamiento del TCP. Igualmente, llama la atención que sin resultar necesario cita doctrina civilista para concluir que las formalidades que preceden a un contrato administrativo son de la esencia del mismo al ser parte de los tratos preliminares, etapa que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema debe siempre estar guiada por la buena fe (ver considerando noveno). Así, reafirma la falta de servicio en base al quebrantamiento de la buena fe. Este último punto, resulta interesante, aunque no determinante en cuanto al elemento de la falta de servicio.

Adicionalmente, lo que resulta de gran interés de la sentencia en comentario, es que no solo reconoce un especial efecto a la sentencia del TCP, sino que también al dictamen emitido por la Contraloría Regional respectiva. Esto lleva a preguntarse si se podría considerar que ante la ausencia de una sentencia del TCP un dictamen de la Contraloría produce el mismo efecto. Preliminarmente, es posible sostener que ello resulta muy discutible dado la forma en que opera actualmente la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, especialmente en cuanto a la infracción al debido proceso.

b) La acreditación del daño: ¿daño cierto y objetivo o la pérdida de chance?

La distinción entre pérdida de chance y lucro cesante, implica, como sostiene doctrina nacional, distinguir entre pérdida de una oportunidad de legítima ganancia y un perjuicio efectivamente sufrido¹¹. Así, jurisprudencia previa ha señalado que:

(...) Al respecto se debe considerar que la indemnización por la pérdida de oportunidad o de la chance, responde al criterio de la "oportunidad", concepto que encierra una chance y un riesgo; aludiendo, por tanto a "una situación teleológicamente orientada hacia la consecución de una utilidad o ventaja y caracterizada por una posibilidad de éxito presumiblemente no privada de consistencia" (Ríos Erazo, Ignacio y Silva Goñi, Rodrigo, Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Chile, 2014, pág. 37). Debe recordarse, a su turno, que la indemnización por lucro cesante (...) refiere a la frustración de una legítima utilidad de no haber mediado el

⁸ CISTERNA, 2019.

⁹ Corte Suprema. Rol N° 19.233-2017.

¹⁰ Corte Suprema. Rol N° 2.795-2015.

¹¹ RÍOS, 2015.

hecho dañoso. En cambio, en la pérdida de la chance se indemniza la privación de la oportunidad de acceder al beneficio (considerando décimo cuarto)¹².

Esta idea de la pérdida de chance ha sido reconocida por la jurisprudencia en casos previos¹³ y rechazado en otros¹⁴. Cabe preguntarse qué ocurre en la sentencia en comento. Al respecto, es posible sostener que no es del todo clara, aunque parece inclinarse por el lucro cesante, por cuanto como fue sostenido anteriormente declaró que “este resultó debidamente comprobado” (considerando décimo séptimo). Sin embargo, previo a esta declaración la sentencia sostiene que el reclamante:

(...) contaba con una clara y contundente ventaja para que el concurso le fuera adjudicado, pues no se divisa razón alguna que hubiera permitido al municipio preferir a un concursante que presentaba una ponderación inferior en más de un 20% a la de González Paredes (considerando décimo tercero).

Por lo mismo, concluye que “(...) contaba con una chance relevante de obtener en la licitación de que se trata (...)” (considerando décimo cuarto).

En cuanto a la naturaleza de esos daños, concluye que se trata de daños patrimoniales¹⁵. Específicamente da lugar a la demanda por lucro cesante. Para determinar el monto, la sentencia no retoma la idea de pérdida de chance, aunque tampoco queda claro que haya estado pensando en el monto cierto y efectivo que el demandante habría dejado de obtener, por cuanto concluye, aunque sin mayor sustento, que: “(...) una ganancia justa e idónea para un trabajo como el descrito alcanza al 5% del precio total de la oferta presentada por Luis Fernando González Paredes, cifra a cuyo pago, en definitiva, se condenará a la demandada” (considerando décimo octavo).

De esta manera, la jurisprudencia en comento parece encontrarse en una etapa de confusión en cuanto al concepto de indemnizar, por cuanto da por acreditado el lucro cesante y lo vincula con la ganancia que se dejó de obtener. Sin embargo, al determinar parece más bien aplicar una sanción que un lucro cesante propiamente tal, pues no analiza los costos y la utilidad esperada.

c) Relación de causalidad: la mera expectativa de ser adjudicado

Este es probablemente uno de los requisitos más complejos de acreditar. Se encuentra íntimamente vinculado al daño e implica acreditar que entre la actuación u omisión de la Administración y el daño hay un vínculo directo.

¹² Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

¹³ Corte Suprema. Rol N° 16.582-2014.

¹⁴ Corte Suprema. Rol N° 2.795-2015.

¹⁵ Corte Suprema. Rol N° 11.364-2015.

En este sentido, cabe cuestionarse si la sentencia del TCP permite acreditar el vínculo de causalidad. Sin perjuicio de que la sentencia en comento no lo señala expresamente, cabe destacar la siguiente declaración:

Asimismo, ha quedado suficientemente demostrado que los daños padecidos por el actor derivan, precisamente, del referido e indebido obrar municipal, pues, de no mediar su ilegal determinación, el demandante habría llevado a cabo la obra de que se trata y, en consecuencia, habría podido gozar de las utilidades que la misma debía reportar (considerando décimo quinto).

Así, pareciera que la sentencia del TCP tiene la aptitud suficiente para acreditar el vínculo de causalidad. Lamentablemente, ello no queda del todo claro desde que la jurisprudencia¹⁶ ha señalado que mientras que no exista adjudicación solo existe una mera expectativa, ello en base a disposiciones que emanan de la misma Ley de Compras Públicas, como aquella que establece que se adjudicará a la oferta más conveniente (artículo 7) o bien aquella que habilita a declarar la licitación desierta cuando las ofertas no sean convenientes (artículo 9).

Sin embargo, la sentencia en comento aplicando el principio de razonabilidad sostiene que los daños derivan de la actuación administrativa por cuanto una actuación normal de la Administración habría llevado a la conclusión en cuanto a que de no haber mediado la actuación ilegal o arbitraria el recurrente debió haber resultado adjudicado.

Así, la sentencia parece avanzar en cuanto a la verificación de este requisito, aunque debe destacarse que efectivamente el lucro cesante en un contrato administrativo resulta siempre incierto, no solo por las normas antes referidas, sino que también considerando la facultad exorbitante que ostenta la Administración para poner término anticipado al contrato. Ello, en todo caso, es posible considerar que no debiese ser considerado para efectos de determinar el monto a indemnizar.

3. Otros aspectos de relevancia

a) *El camino procesal: necesidad demandar la nulidad del acto ilegal o arbitrario*

Hasta el momento, este comentario ha planteado que siempre se acciona ante el TCP y luego en base a esa sentencia se recurrirá a un tribunal civil. Sin embargo, se podrían plantear otras estrategias procesales. Por ejemplo, ejercer un reclamo de ilegalidad municipal o bien una acción de nulidad de derecho público.

Al respecto, el Máximo Tribunal ha sido claro en cuanto a:

Que en esas condiciones, resultaba plenamente aplicable el artículo 24 de la Ley No 19.886 que establece como competente para conocer de

¹⁶ Corte Suprema. Rol N° 52.848-2016.

la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por dicha ley al Tribunal de Contratación Pública, de manera que la resolución que se revisa al declarar la incompetencia de la jurisdicción ordinaria no ha cometido los errores de derecho que se le atribuyen (considerando séptimo)¹⁷.

Por ende, no solo no existe un deber de demandar la nulidad, sino que la sede competente en caso de actos u omisiones ilegales o arbitrarios es el TCP.

b) La prescripción de la acción para demandar perjuicios

La norma actual nada señala en cuanto al plazo de prescripción para reclamar perjuicios en sede civil, a diferencia del Proyecto de Ley que establece un plazo de seis meses desde que la sentencia queda ejecutoriada.

A nivel jurisprudencial se ha aplicado también una norma de prescripción y se ha contado el plazo desde el mismo momento propuesto por el Proyecto de Ley. Así, la jurisprudencia ha señalado que:

En este sentido, tal como ha resuelto esta Corte con anterioridad (CS Rol N° 12.911-2018), el acto dañoso no está determinado únicamente por la falta de adjudicación de la licitación, en tanto el perjuicio se consolida con la imposibilidad de cumplir lo resuelto en la sentencia que, de manera posterior, declara la ilegalidad y arbitrariedad de tales actuaciones. En otras palabras, no es sino en esta última oportunidad –con la dictación de la sentencia y la constatación de la imposibilidad de cumplirla– cuando se materializa la discriminación de que fue objeto el actor, al no poder retrotraerse sus efectos a un estado anterior, escenario que autoriza a deducir la acción indemnizatoria por la responsabilidad municipal (considerando quinto)¹⁸.

Ello sin perjuicio de que declarando lo mismo en otra sentencia, también se ha realizado una prevención por parte del Ministro Muñoz en cuanto sostiene que no corresponde aplicar normas de derecho privado para resolver la materia, o por cuanto es una institución no regulada de modo general en el Derecho Público¹⁹.

Bibliografía citada

- CISTERNAS, M. (2019). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Materia de Licitaciones Públicas Adjudicadas Ilegalmente. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/01/cap-2-cisternas.pdf>.
- RÍOS, I. (2015). Corte Suprema, licitación y pérdida de la oportunidad (chance). <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904363&Path=/OD/CC/>.
- VERGARA, A. y BARTLETT, D. (2017). Propuestas para la Regulación del Tribunal de la Contratación Pública. Organización, competencia y procedimiento. *Estudios Públicos*, (147), 33-93.

¹⁷ Corte Suprema. Rol N° 16.079-2019.

¹⁸ Corte Suprema. Rol N° 27.522-2019.

¹⁹ Corte Suprema. Rol N° 27.522-2019.

Normativa citada

- Constitución Política de Chile [Const.]. Artículo 38. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Decreto N° 1-19.653 [con fuerza de ley]. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. 17 de noviembre de 2011.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. 26 de julio de 2006.
- Ley N° 19.886 de 2003. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 11 de julio de 2003. D.O. 30 de julio de 2003.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 11.364-2015. 3 de septiembre de 2014.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.702-2014. 29 de septiembre de 2014.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 2.795-2015. 30 de septiembre de 2015.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 52.848-2016. 6 de marzo de 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 19.233-2017. 15 de noviembre de 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 22.222-2018. 10 de enero de 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 12.911-2018. 12 de agosto de 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.079-2019. 28 de mayo de 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 27.522-2019. 15 de octubre de 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.582-2014. 9 de septiembre de 2014.

Disidencias y prevenciones destacadas de la Corte Suprema en torno a las desvinculaciones del personal a contrata, periodo 2016-2020: una mirada hacia el devenir de la jurisprudencia

Outstanding dissents and forethought of the Supreme Court related to the dismissal of public employees, period 2016 to 2020: a perspective on the development of the jurisprudence

Juan Ignacio Paillán Aguilar*

The prophetic dissents are still there, though we are not in a position until sometime later fully to appreciate which dissents fall into this category¹⁻².

William Fletcher

Este trabajo tiene por objeto analizar las principales disidencias y prevenciones de la Corte Suprema entre los años 2016 a 2020, relativas a las desvinculaciones del personal a contrata, reconociendo que éstas podrían transformarse en la opinión que prevalezca en el futuro, pues tienen fundamento

This paper intends to analyze the main dissents and forethoughts of the Supreme Court from 2016-2020, related to the dismissal of public employees. This recognizing that these could become the prevailing opinion in the future as they have enough foundation to be considered

* Abogado, Magister en Derecho Regulatorio LLM Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jipaillan@uc.cl. Dirección postal: Liquidámbur tres 448, Maipú, Santiago de Chile.

¹ FLETCHER 2009, 295.

² "Los disensos proféticos todavía están ahí, aunque no estamos en condiciones hasta algún tiempo después de apreciar plenamente qué disensiones entran en esta categoría"

Artículo recibido el 24 de enero de 2021 y aceptado el 20 de mayo de 2021.

suficiente para ser consideradas como la vía idónea para crear nueva jurisprudencia. Asimismo, se analizan disensos y prevenciones que carecen de un supuesto factico que permita incluirlas en el grupo anterior, pero que, sin embargo, favorecen y aportan a la discusión, obligando a que los jueces de mayoría desarrollen de manera más acabada sus fundamentos.

Palabras clave: Disidencias, prevenciones, empleo público, jurisprudencia, Corte Suprema.

as the cornerstones to create new jurisprudence. Furthermore, we are going to be analyzing dissents and forethoughts that do not contain factual assumptions which would allow them to be included in the previous group. However, they would benefit and contribute to the discussion, forcing judges to develop more complete argumentation.

Keywords: Dissents, forethought, public employee, jurisprudence, Supreme Court.

Introducción

En el año 2016, la Contraloría General de la República, mediante el Dictamen N° 85.700 –complementado posteriormente a través del Dictamen N° 6.400, de 2018–, estimó necesario impartir nuevas instrucciones a los servicios públicos con el objeto de establecer criterios claros respecto a las renovaciones y términos anticipados del personal a contrata, imponiendo de esta manera, vía jurisprudencia administrativa, la institución de la *confianza legítima*.

A grandes rasgos, la jurisprudencia del ente de control respecto a la confianza legítima, se traduce en que no resulta procedente que la administración pueda cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente³, así, dicha confianza, se genera en el caso de que un funcionario se le haya renovado, con anterioridad, dos o más veces su contrato. Lo anterior, no es óbice para que la administración pueda ponerle término a una contrata, es decir, no se configura con la jurisprudencia de la Contraloría una prohibición para la administración en esta materia, sino que un deber de motivación en caso de no renovación o poner término anticipado, mandatando el organismo fiscalizador que dichas decisiones deberán contener “el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta”; por lo que no resulta suficiente para fundamentar esas determinaciones la expresión “por no ser necesarios sus servicios” u otras análogas⁴.

En este contexto, nuestra Corte Suprema, conociendo en segunda instancia de los recursos de protección interpuestos en contra de las decisiones de los servicios que han puesto término a contrata, ha emanado una rica jurisprudencia en la materia, teniendo como uno de sus principales funda-

³ Dictamen N° 22.766 (2016).

⁴ Dictamen N° 6.400 (2018).

mentos la jurisprudencia administrativa relativa a la confianza legítima de la Contraloría General de la República.

De esta forma, desde el año 2016 y mayormente desde el 2018, nuestro máximo tribunal ha ido estableciendo una fuerte jurisprudencia con miras a proteger el empleo público, adoptando el criterio de la confianza legítima e incluso, en algunos casos, yendo más allá de lo dispuesto por Contraloría. De esta forma, alguna jurisprudencia reciente, ha dispuesto que los funcionarios a contrata solo pueden ser cesados en sus funciones por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita⁵, aumentando el estándar establecido por la Contraloría en cuanto protección al empleo se trata.

De los criterios anteriores se ocupó de forma minuciosa Alejandro Vergara, en un número especial de esta Revista⁶, en la que se sintetiza y grafica el resultado de una investigación de un caudal de casi 900 sentencias de la Corte Suprema de una década en veinte temas relevantes de la praxis del derecho administrativo. Su formato es sintético. Respecto de cada tema se señala: los hechos que dan origen a la conectividad; la *ratio iuris decidendi*; gráficos en que queda en evidencia la conducta lineal o zigzagueante tanto de la Sala como de sus ministros y abogados integrantes; un análisis de tal comportamiento; y, un recuento exhaustivo de sentencias. El resultado: constantes vacilaciones de la Corte Suprema; una baja cantidad de temas en que existe líneas de jurisprudencia uniforme; y, una conducta errática de algunos de sus ministros y abogados integrantes⁷.

Ahora bien, lo que interesa a este estudio, son las disidencias y prevenciones de la materia en análisis, específicamente desde el 2016 a la fecha, puesto que han surgido importantes criterios que en el futuro puede que se transformen en mayoría, transformándose así, dichas disidencias y/o prevenciones, eventualmente, en proféticas.

I. Prevenciones y disidencias

1. Aspectos Generales

La doctrina ha admitido que las disidencias contribuyen a legitimar el rol de la Corte; evitan el problema de accountability que se crea a través de la regla de secreto; son útiles para colaborar con futuros (y normalmente positivos) cambios en el ordenamiento jurídico; fortalecen la calidad del razonamiento del voto de mayoría; y tiene un saludable efecto que modera la posición de la mayoría, aunque sin alterarla en el resultado⁸.

⁵ Véase roles Corte Suprema N° 38.888-2019 y N° 18.881-2020.

⁶ Revista de Derecho Administrativo Económico N° 28, número especial, marzo de 2019.

⁷ VERGARA 2019, 5.

⁸ VERDUGO 2011, 251.

En efecto, la disidencias y prevenciones respecto a las desvinculaciones de las contrataciones han contribuido en nuestra jurisprudencia para cambiar los criterios de mayoría y adoptar los razonamientos que en un pasado fueron minoría. Esto tiene una especial relevancia en la materia, puesto que los cambios en el derecho no son frecuentes, y en caso de darse, conllevan un paulatino cambio que generalmente demora una cantidad considerable de tiempo, situación que no se advierte en el caso del empleo público –especialmente con las contrataciones–, puesto que desde el año 2016 la Corte Suprema ha innovado en sus criterios y las que en algún tiempo fueron minorías se han transformado rápidamente en la posición de la mayoría en la tercera sala de nuestro Máximo Tribunal.

En la práctica, el juez que ha promovido más cambios desde prevenciones y disidencias en la jurisprudencia de la tercera sala de nuestra Corte Suprema, ha sido el ministro Sergio Muñoz, quien, verbigracia, ya desde el año 2017⁹ postulaba que la fórmula usualmente utilizada por los servicios públicos para desvincular a los funcionarios a contrata, esto es “mientras sean necesarios sus servicios”, se relaciona con un hecho objetivo, por lo que se debe prescindir de elementos subjetivos que digan relación con la persona que sirva en el cargo, puesto que en este último caso, se configuraría una desviación de poder. Dicha disidencia pasó a transformarse en mayoría asentada en la tercera sala desde el año 2018¹⁰.

En cuanto a prevenciones, que más tarde se transformaría en el voto de la mayoría, es destacable aquella del Ministro Muñoz en la cual indicó que:

[...] un cargo a contrata que ha tenido más de dos períodos de renovación, por lo cual se extiende por más de dos años ininterrumpidamente, solamente se puede terminar su relación estatutaria por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita¹¹.

Razonamiento que a la postre se transformaría en el criterio dominante de la Corte Suprema¹².

Como se puede apreciar, el efecto de las disidencias y prevenciones en la materia ha tenido un fuerte impacto en la jurisprudencia, lo cual trae como consecuencia que deba mirarse con especial importancia éstas, debido a que pueden ser un vital antecedente para aproximar la jurisprudencia que puede devenir en el futuro. Este razonamiento es ampliamente acogido por autores como William Fletcher¹³, quien ha indicado que en relación a las disidencias judiciales, los jueces pueden transformarse en profetas, señalando el camino

⁹ Corte Suprema Rol N° 34.532-2017.

¹⁰ Véase roles Corte Suprema N° 16.455-2018, N° 16.854-2018, N° 16.858-2018.

¹¹ Rol Corte Suprema N° 16.866-2018.

¹² Véase Corte Suprema Rol N° 38.888-2019 y N° 18.881-2020.

¹³ FLETCHER 2009, 295.

hacia el futuro, mostrándonos en lo que debemos convertirnos¹⁴, en el mismo sentido se manifestó Joe McIntyre¹⁵, quien refiere que una disidencia puede ‘debilitar’ la posición de la mayoría, pero también puede fortalecer la ley al enriquecer el ‘mercado legal de ideas’, manteniendo ‘vivas las opciones para el futuro’ y actuando como un ‘faro’ para desarrollos futuros¹⁶.

En atención a lo expuesto, el presente estudio se propone como objeto, recopilar las más destacadas prevenciones y disidencias de la tercera sala de la Corte Suprema, sobre desvinculaciones de funcionarios a contrata, durante el periodo comprendido entre los años 2016-2020, para así, realizar una prognosis jurisprudencial que permita vislumbrar la senda que seguirá la tercera sala en la materia.

2. Las prevenciones y disidencias en la tercera sala de la Corte Suprema en torno a la desvinculación de contratas

a) *Solo se les puede otorgar protección a los funcionarios a contrata que ingresaron a la Administración del Estado a través concurso público*

Señala el abogado integrante Pierry, a través de disidencias¹⁷ y prevenciones¹⁸, que solo los funcionarios a contrata que ingresaron mediante concurso público a la Administración del Estado son dignos de otorgárseles protección, v. gr. la confianza legítima. Para construir su tesis, Pierry tiene como punto de partida el artículo 38 del texto constitucional, el cual señala, en lo que interesa, que “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 [...]”. De esta forma, indica que la única forma en que tan precisa y categórica disposición pueda cumplirse es mediante el ingreso a la Administración del Estado a través de un concurso público.

En este sentido, añade que, de acuerdo a la Constitución, son los cargos de planta aquellos que deben ser provistos mediante concurso público, mientras que los cargos a contrata lo son por plazo definido, así al no ser

¹⁴ Señala Fletcher que: “In these cases, the Justices have been our secular prophets, interpreting the central text of our civic faith, the United States Constitution. These Justices have pointed the way to our future, showing us what we and our government can and should become. This is a justly celebrated function –indeed, perhaps the most important function– of dissent in our judicial system. But the function of dissent has changed over the years. The prophetic dissents are still there, though we are not in a position until sometime later fully to appreciate which dissents fall into this category”.

¹⁵ MCINTYRE 2016, 445.

¹⁶ Señala McIntyre que: “A dissent may ‘weaken’ the majority position, but may also strengthen the law by enriching the legal ‘marketplace of ideas’, keeping ‘alive choices for the future’ and acting as a ‘beacon’ for future developments”.

¹⁷ Véase Corte Suprema roles N° 16.779-18 y 29.477-18.

¹⁸ Véase Corte Suprema roles N° 16.887-18 y 15.478-19.

éstos de planta, no son provistos por concursos, por lo que no gozan de inmovilidad.

Sin embargo, Pierry reconoce que la realidad ha superado a la ley, puesto que los cargos a contrata –los cuales deberían ser la excepción frente a los cargos de plantas–, han pasado a transformarse en la regla general, superando en algunos casos a la planta, razón por la que precisamente la Contraloría General de la República ha intervenido e innovado en su jurisprudencia mediante la confianza legítima. Consecuencialmente, señala que no obstante la intervención de Contraloría mediante su jurisprudencia de la confianza legítima “[...] el problema constitucional permanece, ya que si se otorga inamovilidad al funcionario a contrata, nombrado sin concurso público y en forma discrecional por la autoridad, se está violando en forma flagrante el texto constitucional”¹⁹.

De esta forma, concluye que

“[...] el funcionario a contrata ha accedido a su cargo mediante concurso público, se abre la posibilidad para que pueda otorgársele protección, pues su ingreso no ha sido producto de una decisión discrecional de la autoridad, que no otorga igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos que cumplen con los requisitos, sino que por medio de un concurso, que sí cumple con la disposición de la Constitución Política”²⁰.

Ahora bien, el razonamiento propuesto por Pierry, tiene bastante sentido a la luz de lo dispuesto en el precitado artículo 38 de la Carta Magna, puesto que:

1. El mencionado artículo dispone “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”²¹, de esta forma si el actual voto de mayoría en la tercera sala de la Corte Suprema señala que la relación estatutaria del personal a contrata que cuenta con confianza legítima solo puede terminar por sumario administrativo, derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita²², lo que se está asumiendo de forma tácita, es que estos son parte de una verdadera carrera funcionaria al homologar las causales de término de empleo a las mismas que el personal de planta. En este contexto, no se aprecia razón para no hacer lugar al razonamiento del abogado integrante Pierry, toda vez que, de asumir una posición contraria, se estaría dotando de mayores beneficios al personal a contrata al ser su designación a criterio discrecional de la autoridad.

¹⁹ Véase sentencias Corte Suprema roles N° 16.887-18, 15.478-19, 16.779-18 y 29.477-18.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Artículo 38 de la Constitución Política de la República.

²² V. gr. sentencia Corte Suprema rol N° 15.478-2019.

2. Por otra parte, el argumento anterior puede complementarse por lo señalado por el abogado integrante Pallavicini en sus disidencias contenidas en las sentencias roles N° 7.295-19, 8.396-19, 26.194-19, 14.915-20, 76.532-29, entre otras, todas de la Excma. Corte Suprema, en las cuales indica que los funcionarios a contrata ingresan a un servicio público sin cumplir con las ritualidades de ingreso a que están sujetos los funcionarios de planta, quienes, por lo demás, se incorporan en el último grado del escalafón al cual son asimilados, en tanto que los funcionarios a contrata lo hacen en el grado que disponga la autoridad administrativa y que de ordinario es muy superior al grado más bajo del escalafón respectivo.

3. En este contexto normativo, se estaría transgrediendo la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19 N° 2 de la norma fundamental, puesto que, en situaciones de igual naturaleza, se le estaría imponiendo al personal de planta ingresar a la administración del Estado por concurso público, mientras que el personal a contrata, con las mismas prerrogativas del personal de planta, ingresa mediante la decisión discrecional de la autoridad.

Claro está, que el criterio propuesto por Pierry pugna con toda la jurisprudencia judicial y administrativa predominante en la actualidad, la cual apunta a proteger al personal a contrata, cualquiera sea su modalidad de ingreso y mientras cuente con confianza legítima²³, y con razón, puesto que puede señalarse sin tapujos que actualmente el ingreso del personal a contrata a la Administración del Estado es excepcionalmente a través de concurso público. En este sentido, el punto de vista expuesto si bien tiene concordancia con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, difícilmente se concilia con la realidad en torno al empleo público en nuestro país. De cualquier modo, se hace notar un punto importante en cuanto a la materia en análisis, de esta suerte si en un futuro la realidad se concilia con el argumento en estudio, no se vislumbran dificultades para que éste se convierta en la posición mayoritaria de nuestro Máximo Tribunal.

b) *La fórmula "mientras sean necesarios sus servicios" en los términos anticipados de las contrata: la tesis objetiva y subjetiva*

La fórmula "mientras sean necesarios sus servicios", usualmente utilizada en los actos administrativos del personal a contrata para sus vinculaciones con la administración, ha sido objeto de dos interpretaciones por la jurisprudencia de la tercera sala, al disponerse el término anticipado a éstas.

Por un lado tenemos la tesis objetiva, la cual comenzó de forma tímida con disidencias por parte del ministro Sergio Muñoz²⁴ y que actualmente se

²³ Esta ha sido la regla general, pero existen excepciones, como lo son cargos de confianza exclusiva.

²⁴ Véase sentencias Corte Suprema roles N° 34.532-17, 39.403-17, 1399-18 y 2210-18, entre otras.

ha transformado en la tesis predominante²⁵⁻²⁶. Este raciocino postula que dicha fórmula, al utilizarse para desvincular a un funcionario, se relaciona con un hecho objetivo, esto es que los servicios prestados no son necesarios, debiendo prescindirse de elementos subjetivos que digan relación con la persona que sirve el cargo, de este modo en caso de que el servicio esgrima como argumento que un funcionario tiene bajo desempeño o se ha ausentado por un prolongado tiempo por razones de salud, se estaría apuntando a razones de carácter subjetivo que nada tienen que ver con la necesidad de los servicios del funcionario, lo que se vincula con el cargo y no con las circunstancias personales de quien lo sirve.

De esta forma, al verificarse argumentos como los recién enunciados para poner fin a una contrata mediante la fórmula en estudio, se tiene como consecuencia que el acto no estaría motivado, puesto que al ostentar el enunciado un carácter objetivo, mal podrían argüirse razones subjetivas. Así pues, en las condiciones apuntadas, la motivación expresada en el acto que pone término a una contrata no guardaría ninguna relación con el motivo esgrimido por la autoridad, cual es la necesidad de los servicios, configurándose de esta forma, una desviación de poder²⁷ con respecto al elemento fin del acto, lo que constituye un vicio que lo torna susceptible de anulación.

Por otra parte, tenemos la minoría disidente, adherentes de la tesis subjetiva, la cual es la que interesa a nuestro estudio. Dicha tesis postula que la fórmula en análisis no alude a que tal vinculación se mantendría mientras sean necesarios "sus cargos", sino que más bien mientras fueren necesarios sus servicios, entendidos éstos en relación a las especiales habilidades del funcionario a contrata para desarrollar la función encomendada –carácter subjetivo–, sin perjuicio de los requisitos propios del cargo, por lo que al ponerse término anticipado a una contrata "por no ser necesarios sus servicios", no se incurriría en acto ilegal ni arbitrario alguno por parte de la autoridad administrativa, la que actuaría con estricto apego a la normas legales que regulan la materia²⁸.

Admitir la tesis subjetiva implica otorgar una amplia discrecionalidad a la autoridad, ya que al entregársele la ponderación de cuáles son las habilidades del funcionario a contrata para desarrollar la función encomendada, puede dar paso, por ejemplo –como ya se ha visto– a que con los cambios de ciclos políticos en el gobierno, la autoridad esgrima razones falaces para

²⁵ Véase sentencias Corte Suprema roles N° 16.510-18, 16.455-18, 16.854-18, 16.858-18 y 71.955-20 entre otras.

²⁶ Sin perjuicio de lo señalado, ya en el año 2016, en la causa Corte Suprema rol N° 78.937-16, esta Corte acogió dicha tesis, la que, en aquella ocasión, fue una excepción en vista de la integración de la sala y no fue hasta el año 2018 en que la tesis objetiva se consolidó.

²⁷ La actual jurisprudencia de la E. Corte Suprema estima que cinco los elementos del acto administrativo, a saber, la competencia, la forma, el fin, los motivos y el objeto.

²⁸ Esta es la argumentación que se recoge en la disidencia de la ministra señora Egnem y del Abogado Integrante señor Quintanilla, en la sentencia de la causa Corte Suprema rol N° 78.937-2016.

acomodar al personal de su corriente política²⁹, poniendo en riesgo la continuidad y protección del empleo que tanto ha cautelado la jurisprudencia administrativa y judicial, constituyéndose en estos casos, –tal como lo indica García de Enterría citando a Hans Huber– el poder discrecional como un verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho³⁰.

Asimismo, acoger el subjetivismo en la fórmula en estudio, resulta extremadamente difícil de controlar por la vía administrativa o judicial, puesto que el hecho determinante que configura el término anticipado –especiales habilidades del funcionario que habilitan la necesidad de sus servicios– queda al arbitrio de la autoridad. En este orden de ideas, esgrimir que un funcionario no tiene las habilidades que se requieren, resulta ser el elemento reglado para ejercer la facultad discrecional³¹, lo cual, por si solo, es bastante feble, ya que la valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo³².

La subjetiva disidencia expuesta, difícilmente logrará asentarse como la doctrina mayoritaria de la Corte, sin embargo, es de especial interés que esta tesis haya sido acogida excepcionalmente³³ en vista de la integración de la sala de aquel entonces, lo cual hace notar la relevancia de los abogados integrantes en la jurisprudencia suprema³⁴.

²⁹ Tal como lo alegó el recurrente en la sentencia causa Corte Suprema rol N° 20.863-18.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA 1983, 24.

³¹ Señala GARCÍA DE ENTERRÍA, en su “Lucha contra las inmunidades del poder” (1983, 25), que “[...] en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos”.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA 1983, 31 y ss.

³³ Véase sentencia Corte Suprema Rol N° 24.943-2018 considerando quinto: “Que, como se observa, la autoridad administrativa denunciada se encontraba legalmente facultada para cesar los servicios a contrata de la parte recurrente, servicios cuya principal característica es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades de la entidad empleadora, de manera que al acudir la recurrida precisamente a esta causal solo ha hecho uso de la facultad antes descrita.

^{En} este contexto, se debe precisar que la autoridad fundó su decisión refiriendo que, si bien las competencias de la actora son apropiadas, lo cierto es que no se logró el resultado deseado, detectándose la necesidad de que quien ejerza el cargo cuente con competencias en materias contables. Tales razones no solo son válidas, sino que, además, al contrario de lo referido en la sentencia en alzada, aquellas no son inconciliables, puesto que, se establece claramente que, si bien la actora tuvo un buen desempeño, las exigencias actuales determinan una mayor competencia en materia contable, razón que determina la necesidad de poner término a la contrata, ejerciendo así, fundadamente, la facultad que le fue entregada por el legislador”.

³⁴ En la sentencia causa Corte Suprema Rol N° 24.943-2018, en que fue acogida la tesis subjetiva, la tercera sala estaba integrada por los Ministros Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Rodrigo Biel M. y los Abogados Integrantes Sr. Julio Pallavicini M. y Sra. María Cristina Gajardo H.

c) *El tiempo servido como prestador a honorarios puede computarse para configurar la confianza legítima*

Este postulado corresponde a una prevención de los ministros Sergio Muñoz y Juan Eduardo Fuentes³⁵, quienes indican que si un funcionario a contrata, previamente ha prestado servicios a honorarios para el mismo servicio, realizando funciones siempre vinculadas al mismo cargo de forma continua, sumando un total de dos o más periodos, le asiste la confianza legítima de que su vínculo se renovará por los próximos períodos.

Así las cosas, para que proceda esta tesis, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

1. Que una persona sirva actualmente como funcionario a contrata.
2. Dicho funcionario, previo a su contratación, debe haber prestado servicios en la modalidad de honorarios.
3. Las funciones realizadas como honorario y funcionario a contrata deben ser siempre vinculadas al mismo cargo.
4. Debe existir continuidad entre los servicios prestados a honorario y funcionario a contrata.
5. La continuidad de los servicios debe darse en el mismo órgano de la Administración del Estado.
6. El tiempo servido a honorarios y como funcionario a contrata debe totalizar dos o más periodos (dos años o más).

Este criterio, sin duda avanza aún más en la protección del empleo público, no obstante, se encuentra en una vereda opuesta a lo que ha dictaminado la Contraloría General de la República³⁶ en la materia. Con todo, es alentador que existan este tipo disidencias, teniendo presente la precarización del empleo público, sobre todo para los servidores a honorarios, en que la Contraloría ha admitido que quienes laboran para la Administración bajo la mencionada modalidad, no son funcionarios y la principal norma reguladora de sus relaciones con ella es el propio contrato, careciendo de los derechos que el ordenamiento jurídico contempla para aquellos, de modo que solo poseen las prerrogativas estipuladas en dicho pacto, sin perjuicio que en este puedan reconocérseles derechos similares a los que las leyes disponen para los servidores del Estado, no así superiores³⁷, viéndose obligados estos ser-

³⁵ Prevención de la sentencia Corte Suprema Rol N° 31.312-2018.

³⁶ Señala el Ente Contralor, mediante su Dictamen N° 6.400, de 2018, que actualiza instrucciones y criterios complementarios fijados en el Dictamen N° 85.700, de 2016, sobre confianza legítima en las contrata que: “[...]se debe anotar que el señalado dictamen arriba a las conclusiones reseñadas en el apartado I de estas instrucciones en relación con sucesivas designaciones a contrata, por lo que aquellas solo aplican para ese tipo de vinculaciones –o contrataciones similares, aun cuando no tengan la misma denominación– y no para los contratos a honorarios” (énfasis añadido).

³⁷ Dictamen N° 29.461 (2017).

vidores a recurrir a la judicatura laboral, la cual ha ido reconocido que existe un vínculo de subordinación y dependencia, y por consiguiente una relación laboral entre el servidor a honorarios y el servicio³⁸.

Asimismo, esta disidencia tiene mucho sentido a la luz de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley N° 20.948, el cual prescribe que:

[...] Durante el año en que se produzcan vacantes de empleos a contrata afectos a la dotación máxima de personal fijada en la Ley de Presupuestos del Sector Público, por la dejación voluntaria de los cargos que realicen los funcionarios a contrata que se acojan a esta ley, dichas vacantes solo podrán reponerse modificando la calidad jurídica del personal de honorario a contrata, reduciéndose por el solo ministerio de la ley el número de honorarios fijados en las glosas presupuestarias del respectivo servicio, en igual cantidad³⁹.

De esta forma, se ha reconocido mediante la precitada ley, que los servidores a honorarios, cumplidos ciertos requisitos, pueden cambiar la modalidad de su contratación, lo cual tiene plena concordancia con otorgar confianza legítima en los términos que se estudia.

d) Es improcedente el recurso de protección cuando se ha optado primero por la impugnación administrativa ante la Contraloría General de la República

Esta disidencia es planteada por la ministra Sandoval⁴⁰, en la cual señala que si un funcionario contratado, es desvinculado y luego reclama de dicho acto de conformidad al artículo 160 de la Ley N° 18.834 o del artículo 156 de la Ley N° 18.883, según sea el caso, se entiende que acepta de manera implícita la decisión del órgano de control.

A mayor abundamiento, se señala en dicha disidencia que al optar por la vía administrativa, se entiende que se acepta de manera tácita la decisión del órgano de control, arguyendo que de otra forma, se habría interpuesto inmediatamente la acción constitucional de protección y, además, porque la Contraloría no solo efectúa un control de legalidad del acto administrativo, sino que también revisa su conformidad con los preceptos y principios de la Carta Fundamental y con su propia jurisprudencia administrativa.

De esta forma, concluye que la única forma en que la acción constitucional pueda prosperar, es si se acredita que el ente de control incurrió en un acto ilegal y arbitrario que sea ostensiblemente contrario a la Constitución, leyes o su propia jurisprudencia, pero en ningún caso si se trata acerca de la interpretación del derecho, puesto que, de tal forma se desnaturaliza la acción constitucional, erigiéndose la Corte Suprema como un Tribunal Revisor

³⁸ Véase, v. gr., sentencias Rol N° 42.636-2017 N° 4.591-2018 y N° 15.615-19, entre otras de la E. Corte Suprema.

³⁹ Ley N° 20.948, de 2016.

⁴⁰ Disidencias en las sentencias Corte Suprema rol N° 29.869-2019, N° 38.888-2019 y N° 71.955-2020.

de última instancia respecto de las decisiones de la Contraloría General de la República⁴¹.

Pues bien, la disidencia en análisis, entra en directa pugna con toda la jurisprudencia que ya ha emanado la Corte Suprema con anterioridad, puesto que dicha magistratura, no en pocas ocasiones ha realizado interpretaciones que se alejan de lo expuesto por la Contraloría. De esta forma, según este criterio, bastaría con el control de legalidad que ejerce la Contraloría, el que, una vez realizado, sería la decisión que implícitamente aceptaría el reclamante, por lo que el derecho a recurrir jurisdiccionalmente a través de la acción de protección sería inviable.

En este sentido, el razonamiento expuesto parece omitir lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.880, la cual tiene carácter supletorio respecto a procedimientos administrativos especiales, como lo sería la reclamación establecida en los artículos 156 y 160 de las leyes citadas *ut supra*. El citado artículo 54 dispone la regla general en esta materia, otorgando a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos o los procesos administrativos de impugnación, según estimen conveniente. En otras palabras, el ordenamiento jurídico nacional no exige un orden de prelación entre los procedimientos y procesos administrativos de impugnación, ni aún el paso previo por los primeros para llegar a los segundos, sino que otorga a los administrados el derecho de elegir la vía de impugnación específica en cada caso⁴².

Como se puede observar, el diseño legislativo reconoce a los particulares un derecho de opción en esta materia, que le permite un agotamiento de la vía administrativa antes de llevar el asunto ante los tribunales de justicia, pero sin llegar a configurar un impedimento a los particulares para el acceso directo a aquellos⁴³.

Finalmente, es del caso mencionar que esta posición jurisprudencial difícilmente prevalecerá en la tercera sala, no solo por los argumentos ya expuestos, sino que también en vista de que vulnera un principio general del derecho público chileno, cual es el de la "impugnabilidad" de todo acto administrativo, de cualquier órgano que ejerza actividad administrativa, cualquiera sea su naturaleza o jerarquía, tal como lo reconoce el artículo 10° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, como asimismo violaría de modo ostensible un derecho fundamental como es el derecho a la acción, al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y al juez natural que le reconoce y asegura la Constitución a toda persona (artículo 19 N° 3)⁴⁴.

⁴¹ Disidencia sentencia Corte Suprema rol N° 29.869-19.

⁴² FERRADA 2011, 255.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ SOTO KLOSS 2012, 466.

e) *La confianza legítima no existe*

El título de este apartado resume, en lo medular, la disidencia planteada por el abogado integrante Pallavecini en distintas sentencias de nuestra Corte Suprema⁴⁵: la confianza legítima no existe. Como primer acercamiento debemos indicar que dicha idea no tiene absolutamente ninguna cabida en nuestro sistema, en donde la doctrina y la jurisprudencia judicial y administrativa han admitido que la confianza legítima es una institución que llegó para quedarse.

Sin embargo, los argumentos del abogado integrante Pallavecini son interesantes, parte señalando que, contrario a todo lo que ha expuesto la Máxima Magistratura en su jurisprudencia actual, al ser los empleos a contrata de carácter transitorio, esto es, que durarán, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año, cumplida dicha fecha, expirarán en sus funciones por el solo ministerio de la ley, indicando además, que históricamente, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha entendido que ella opera de pleno derecho y no requiere de resolución alguna de la autoridad (véanse dictámenes N^{os} 6.622, de 1965; 54.085, de 1969; y 19.020, de 1990, y 4.450, de 2019, entre otros).

En este panorama, la autoridad facultada para hacer el nombramiento no le asiste ninguna obligación jurídica de renovar las funciones del empleado a contrata en la fecha recién indicada o de justificar por qué no lo hizo. Dicho de otro modo, lo que extingue la contrata no es la decisión de la autoridad de no renovarla, sino que el vencimiento del plazo⁴⁶.

Indica el disidente que los empleados a contrata tendrían plena conciencia de que gozan de beneficios remuneratorios superiores a aquellos de los que gozan los funcionarios de planta y cuyas funciones pueden ser homologables. Precisamente por lo anterior y como contrapartida, los referidos empleos son transitorios, por regla general no puedan cumplir funciones de jefatura y no integren de manera permanente la dotación del servicio al que pertenecen. De esta forma, no sería posible sostener que los funcionarios a contrata tengan confianza legítima, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no existe tal principio y porque históricamente todos los funcionarios a contrata saben que sus contratos vencen por el cumplimiento del plazo, tal como ocurre con el Presidente de la República, los alcaldes, el Fiscal Nacional, los jueces, etc. Además, agrega el disidente que dicha doctrina, conllevaría a mejorar las condiciones de los funcionarios a contrata, sin mejorar la situación de los funcionarios titulares, lo que sería contrario a la igualdad ante la ley. Con todo, agrega que los funcionarios a contrata ingresan más fácilmente a la Administración, con mejores grados y remuneraciones más ele-

⁴⁵ Véase sentencias Corte Suprema rol N° Rol N° 7.295-2019, 8396-2019, 26.194-2019, 14.915-2020 y 76.532-2020.

⁴⁶ Disidencia de la sentencia Corte Suprema Rol N° 76.532-2020.

vadas. Solo les afecta el carecer de carrera funcionaria y, en lo que importa, de estabilidad en el empleo⁴⁷.

El disidente realiza un pormenorizado análisis de las ventajas que conlleva aplicar el principio de la confianza legítima a los empleados a contrata, en desmedro de los funcionarios titulares, quienes, frente a la misma situación, se verían en desigualdad. Ahora bien, se acierta al señalar que a las contratas solo les afecta la estabilidad en el empleo –si dejamos fuera la aplicación de la confianza legítima– lo cual es de la mayor relevancia, puesto que precisamente por aquello es que surgió dicha institución, la que vino a poner relativo coto a la precariedad del empleo en las contratas. No se debe olvidar, que antes de la vigencia de la confianza legítima, lo habitual era que la autoridad administrativa a través de una simple comunicación informaba de la no renovación de una contrata por no ser necesarios sus servicios, sin hacer referencia a ningún antecedente que dé cuenta de las circunstancias de hecho que justifiquen su decisión, es decir, de manera infundada.

Con lo anterior, no se quiere concluir que con la confianza legítima estas situaciones se acabaron, pero sin duda se ha morigerado, instando la jurisprudencia administrativa y judicial a dar cumplimiento al deber de motivación que pesa sobre las decisiones de los órganos de la administración del Estado al momento de poner término a una contrata.

Con todo, la tesis relatada, era lo habitual hasta antes del dictamen N° 85.700, de la Contraloría, por lo que, como ya se advirtió, dificultosamente este criterio retorne a nuestra jurisprudencia predominante.

Conclusión

De lo expuesto es posible concluir lo siguiente:

1. Las prevenciones y disidencias referentes a las desvinculaciones del personal a contrata han tenido un importante efecto sobre la jurisprudencia mayoritaria, estableciéndose una clara tendencia en la tercera sala, desde el año 2016, en que las prevenciones y disidencias, posteriormente, se transforman en la posición dominante, siendo uno de los mayores exponentes de la situación en análisis el ministro Sergio Muñoz.
2. Algunas de las actuales disidencias y prevenciones estudiadas, tienen el suficiente sustento para ser consideradas en un futuro, como una vía posible para crear jurisprudencia nueva, no obstante en algunas de ellas –como lo es la disidencia del abogado integrante Pierry en relación a los concursos públicos–, se hace necesario reformar aspectos importantes del empleo público para que en la práctica dicha tesis sea aplicable, como lo sería por ejemplo, la obligatoriedad de que el ingreso a la administración del Estado del personal a contrata se realice por concurso público.

⁴⁷ *Ibíd.*

3. Hay importantes disidencias de las cuales no se vislumbra futuro esplendoroso, pero que, sin embargo, tienen un importante sustento legal, lo que las hace interesantes para el voto de mayoría, puesto que en este caso, tal como señala Sergio Verdugo obliga a mejorar la calidad de las sentencias por dos variables: (a) la existencia de discusión previa entre jueces de un mismo tribunal y; (b) la eventual existencia de un voto particular que presione a la mayoría a fundamentar de manera más acabada la sentencia⁴⁸.

4. Finalmente, es posible concluir, que la integración de la tercera sala de la Corte Suprema influye notablemente en la jurisprudencia, la que en periodos puede ser cambiante, tal como lo señala Alejandro Vergara al indicar que durante el 2019, la mayoría de los ministros y abogados integrantes de la Sala zigzaguean constantemente, mostrando sin embargo en algunos períodos cierta estabilidad en su votación; en algunos casos podemos ver que votan de acuerdo a una tendencia, luego, resuelven conforme a la tendencia contraria y por último, fallan nuevamente de acuerdo a la primera tendencia; esto, en sucesivas ocasiones durante el período estudiado⁴⁹.

Bibliografía citada

- FERRADA BÓRQUEZ, J. (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)* (36), 251-277.
- FLETCHER, W. A. (2009). Dissent. *Golden Gate University Law Review*, 39 (3), 291-300.
- García de Enterría, E. (1983). La lucha contra las inmunidades del poder (3ª Ed.). Editorial Civitas.
- MCINTYRE, J. (2016). In defence of judicial dissent. *Adelaide Law Review*, 37 (2), 431-460.
- SOTO KLOSS, E. (2012). Derecho Administrativo, Temas Fundamentales (3ª Ed.). Editorial LegalPublishing.
- VERDUGO, S. (2011). Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18 (2), 217-272.
- VERGARA BLANCO, A. (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (28), 5-175.
- VERGARA BLANCO, A. (2020). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, II: Líneas y vacilaciones durante 2019. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 251-299.

Normativa Citada

- Constitución Política de la República [Const.]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 20.948 de 2016. Otorga una bonificación adicional y otros beneficios de incentivo al retiro para los funcionarios y funcionarias de los servicios públicos que se indican y modifica el título II de la Ley N° 19.882. 25 de agosto de 2016. D. O. N° 41.550.
- Decreto N° 29 de 2004 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre estatuto administrativo. 16 de junio de 2004. D. O. N° 38.112.
- Ley N° 18.883 de 1989. Aprueba estatuto administrativo para funcionarios municipales. 15 de diciembre de 1989. D. O. N° 33.557.

⁴⁸ VERDUGO 2011, 259.

⁴⁹ VERGARA 2019, 262.

Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.

Decreto Ley N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. N° 37.113.

Jurisprudencia citada

- Contraloría General de la República Dictamen N° 22.766; 24 marzo 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 85.700; 28 noviembre 2016.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 78.937-2016; 6 marzo 2017.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 29.461; 10 agosto 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 34.532-2017; 13 noviembre 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 39.403-2017; 15 enero 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.400; 2 marzo 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 1.399-2018; 22 mayo 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 2.210-2018; 22 mayo 2018.
- Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol N° 42.636-2017; 12 junio 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.510-2018; 9 agosto 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.455-2018; 9 agosto 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.854-2018; 23 agosto 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.858-2018; 23 agosto 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.779-2018; 27 septiembre 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.866-2018; 1 octubre 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.887-2018; 3 octubre 2018.
- Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol N° 4.591- 2018; 18 octubre 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 24.943-2018; 20 diciembre 2018.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 29.477-2018; 19 febrero 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 7.295-2019; 15 mayo 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 31.312-2018; 15 julio 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 8.396-2019; 12 agosto 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 15.478-2019; 12 diciembre 2019.
- Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol N° 15.615-2019; 3 enero 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 26.194-2019; 28 enero 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 18.881-2020; 29 abril 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 14.915-2020; 6 mayo 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 38.888-2019; 6 mayo 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 29.869-2019; 5 junio 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 76.532-2020; 7 julio 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 71.955-2020; 3 agosto 2020.

Consulta indígena de concesiones mineras. Comentario de jurisprudencia

Indigenous consultation of mining concessions. Case law commentary

Francisco Salmona Maureira*

En este trabajo se analiza la pertinencia de la consulta indígena en el procedimiento concesional minero. La jurisprudencia que se comenta entiende que no es necesaria esa consulta, por tratarse de resoluciones judiciales que escapan de su alcance. En este comentario argumentamos que las concesiones mineras son actos administrativos que podrían requerir de una consulta indígena previa a su dictación, en la medida que impliquen una afectación de los pueblos indígenas.

Palabras clave: Concesiones mineras, Consulta indígena, Convenio 169 OIT.

This paper examines the pertinence of the indigenous consultation in the procedure for the constitution of mining concessions. The case commented holds that the consultation is not necessary, as judicial decisions scape their scope. In this commentary we argue that mining concessions are administrative decisions that may require indigenous consultation prior to their dictation, if they affect the interests of indigenous peoples.

Keywords: Mining concessions, Indigenous consultation, ILO Convention 169.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

El presente trabajo constituye a un comentario jurisprudencial referente al objeto de la consulta indígena que se recoge en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio), en relación con el aprovechamiento de los recursos mineros. Específicamente, se refiere a la pregunta acerca si es procedente dicha consulta respecto de la

* Profesor LLM UC Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Master of Laws (LLM) por la Universidad de Nueva York, Magister en derecho público, mención en derecho constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Derecho por esa última Universidad. Correo electrónico: fsalmona@uc.cl. Dirección postal: Málaga 339, Las Condes, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 18 de febrero de 2021 y aceptado el 28 de mayo de 2021.

constitución de derechos mineros (concesiones mineras de exploración o explotación) sobre sustancias concesibles, por medio del procedimiento judicial establecido en el Código de Minería (CM).

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia dictada con fecha 23 de abril de 2015, respondió la pregunta de manera negativa¹. La Corte Suprema, un mes más tarde, confirmó el criterio de la Corte de Valdivia². El argumento es simple y directo: se trata de resoluciones judiciales, no actos legislativos o administrativos. Los actos jurisdiccionales quedarían excluidos de la misma.

De otro lado, la doctrina científica ha manifestado que, de conformidad al estándar internacional, el Gobierno debe consultar a los pueblos indígenas interesados antes de constituir tales concesiones mineras. En este sentido, algunos abogan por que se realicen las modificaciones correspondientes a nivel legal que hagan posible dicha consulta³. Otros, por su parte, argumentan una aplicación directa de las normas del Convenio en el orden interno, de manera tal que, al ser inmediatamente exigibles, ordenan a los operadores jurídicos –en este caso el juez– a adecuar el proceso y realizar un proceso de consulta⁴. A nivel institucional, el Comité de Expertos OIT –órgano de control de los estándares internacionales de dicho organismo–, ha manifestado al Estado de Chile su deber de reformar el régimen de concesiones contenido en el CM para cumplir a cabalidad con las disposiciones del Convenio⁵.

Por nuestra parte, consideramos que las concesiones mineras son actos administrativos y, en consecuencia, requerirán de una consulta indígena previa a su dictación, en la medida que impliquen una afectación directa de los pueblos indígenas interesados. Con todo, el actual procedimiento concesional minero regulado en el CM no admite la posibilidad que el juez pueda ordenar el desarrollo de una consulta; de lo que aparece la conveniencia de una reforma legal en esta materia.

Nos referiremos primero a la doctrina emanada de la sentencia en comentario para, después, desarrollar un breve comentario que recoja el sustento de la tesis antes mencionada.

¹ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 1.091-2014.

² Corte Suprema Rol N° 6.303-2015.

³ Esta es la posición, por ejemplo, de HERVÉ Y PÉREZ 2012, 15 y ss. (sugiriendo una compatibilización entre el régimen de aprovechamiento establecido en la actual legislación minera y las normas de protección de intereses indígenas; 85-86; conclusión N° 9, en 100). También de BARROS Y SCHÖNSTEINER 2014 (quienes entienden que el actual régimen de otorgamiento de concesiones mineras cae por debajo del estándar internacional de consulta, y recomiendan dar prioridad a la adecuación de los estándares internacionales de la regulación de la consulta e inversiones, especialmente, entre otras materias, respecto de concesiones mineras; recomendación N° 2 al Estado, 244).

⁴ Es la posición, según entendemos, de YAÑEZ 2012 (al comentar el trabajo de HERVÉ y PÉREZ referido en la cita anterior, 102-109); también de CARMONA 2019.

⁵ OIT 2013.

I. La doctrina emanada de la sentencia: La concesión minera no es consultable

1. El recurso de protección

Comunidades indígenas interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valdivia. El recurso fue deducido en contra de Jueces de Letras de la ciudad de Osorno y del Estado de Chile, con la finalidad que se declarase por la Corte la nulidad de sentencias firmes de los Juzgados de Letras recurridos, que constituyeron concesiones mineras sobre –según indican los recurrentes– territorios pertenecientes a las comunidades indígenas recurrentes.

La nulidad sería procedente –en concepto de los recurrentes– por no haber realizado una consulta indígena en forma previa a la dictación de la sentencia constitutiva de las concesiones mineras, incumpléndose por los jueces el deber de consulta previa a que se refiere el art. 6(1)(a), del Convenio⁶. Por tal omisión ilegal se amenaza y/o priva a los recurrentes de las garantías que se les reconoce en los N^{os} 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 24 de la Constitución. Para sustentar la procedencia de la consulta indígena del art. 6(1)(a) del Convenio, se argumentó que la sentencia constitutiva de una concesión minera debe entenderse como una medida de carácter legislativo, por cuanto es característica de toda sentencia definitiva que resuelve un juicio o solicitud presentada ante un Tribunal de Justicia, constituir la “materialización máxima de la ley”.

2. La sentencia de la Corte de Apelaciones

Por sentencia de fecha 23 de abril de 2015, la Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó el recurso en todas sus partes. La Corte desarrolla básicamente dos argumentos: (i) uno sustantivo, referente a la improcedencia de la consulta indígena en cuanto la sentencia constitutiva de una concesión minera constituye una resolución judicial, y; (ii) otro procesal, consistente en la improcedencia del recurso de protección como vía idónea para cuestionar resoluciones judiciales.

En primer lugar, la Corte razona que el art. 6(1)(a) del Convenio obliga a consultar únicamente las medidas legislativas y administrativas. De igual manera, el Reglamento para la implementación de la consulta del art. 6 del Convenio, Decreto Supremo N° 66/2013, Ministerio de Desarrollo Social (Decreto N° 66/2013), se aplica a los órganos de la Administración del Estado y, según su propia definición, únicamente a los ministerios, intendencias, gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de la función administrativa⁷. Esta definición del reglamento, además de tener una función normativa –determina qué materias deben ser

⁶ El recurso también hace referencia a la consulta del art. 15 del Convenio, pero reconoce que el Tribunal Constitucional declaró como autoejecutable únicamente aquella del art. 6(1)(a), citando al efecto las sentencias Rol N° 309 y 1.050 de dicho tribunal. *Vid.* escrito de recurso de protección, 7.

⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 1.091-2014, cons. 4°.

consultadas y por quienes—, constituye, para la Corte, una interpretación del Convenio⁸.

La función jurisdiccional llevada a cabo por los Tribunales de Justicia —desarrolla posteriormente la Corte— no es parte, ni se identifica, con la función legislativa. Esto deviene de su sentido natural y obvio, puesto que la voz legislativa se refiere a la potestad de hacer leyes, mientras que la función jurisdiccional a la de aplicar las mismas a un caso concreto⁹; se hubiere querido incluir dentro del objeto de la consulta también a los actos de los Tribunales de Justicia, ello se habría hecho expresamente. De esta forma, el hecho que el texto del Convenio y el reglamento omitieran a los actos del Poder Judicial, demuestra la intención o ánimo de excluirlos¹⁰.

En segundo término, la Corte afirma que el recurso de protección no es un medio idóneo para discutir sobre la validez o nulidad de las sentencias definitivas que otorgan concesiones mineras, las que, por su naturaleza de resoluciones judiciales, tienen previsto su propio régimen de impugnación¹¹.

De esta manera, el tribunal niega la existencia de un acto arbitrario o ilegal, no siendo necesario analizar las garantías constitucionales que se dicen conculcadas, rechazando el recurso.

II. Comentario

Interesa en este trabajo referirnos al argumento sustantivo avanzado por la Corte, proponiendo un entendimiento diverso del problema.

1. ¿Qué debe consultarse? El estándar respecto del objeto de la consulta de los pueblos indígenas

El deber de consulta de los pueblos indígenas constituye una norma de derecho internacional que establece un derecho colectivo a favor de dichos pueblos. Las fuentes de este deber/derecho son variadas¹². En lo que interesa a nuestro análisis, el art. 6(1)(a) del Convenio dispone que deben ser consultados los pueblos indígenas interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. La medida legislativa o administrativa que se prevea constituye, entonces, el objeto de la consulta. Necesario es notar que el Convenio posee varias instancias

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ibíd.*, cons. 5°.

¹⁰ *Ibíd.*, cons. 5°.

¹¹ *Ibíd.*, cons. 7°.

¹² El deber de consulta se encuentra establecido en una norma convencional. También lo está en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. Consta además de las decisiones de tribunales internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Vid.* Kichwa Peoples of the Sarayaku community and its members v. Ecuador. Incluso, un deber de consulta ha emanado de organizaciones internacionales de carácter público, como es el BANCO MUNDIAL (2005); el IFC (2012), o privados, como es el caso de ICMM (2013).

en las cuales se genera un deber de consultar a los pueblos indígenas, en las que se especifica el objeto u medida a consultar, como también se califica el estándar de consulta (una finalidad específica o, en algunos casos, el consentimiento previo, libre e informado)¹³.

Particularmente, respecto de circunstancias que se relacionen con sus tierras, territorios y los recursos naturales que se encuentran en ellos, el art. 15(2) del instrumento internacional dispone que, en caso que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales, recursos del subsuelo o tenga el Estado derechos sobre otros recursos existentes en las tierras indígenas, el Estado deberá establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de dichos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras¹⁴⁻¹⁵.

El objeto de la consulta del art. 15(2) del Convenio difiere, en parte, de aquella regulada en el art. 6(1)(a). En el primer caso se evidencia un mayor contenido preventivo, al tener la consulta la finalidad de determinar si los intereses indígenas pueden o no ser perjudicados, antes de la autorización de las primeras fases de desarrollo de un proyecto minero, esto es, de su exploración. Se habilita con ello el ejercicio de los demás derechos contemplados en la misma norma, esto es, el derecho al beneficio compartido de las ganancias, como el de ser indemnizados por los daños que el proyecto les produzca¹⁶.

¹³ El Convenio requiere la consulta de los pueblos indígenas en el caso de relocalización, art. 16(2); en caso que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre sus tierras fuera de su comunidad, art. 17(2); sobre programas especiales de formación, art. 22(3); respecto de medidas que permitan alcanzar el objetivo que niños de los pueblos interesados puedan ser enseñados a leer y escribir en una lengua indígena, art. 28(1). El Convenio solo requiere el consentimiento previo, libre e informado para el caso de la relocalización del art. 16. En los demás casos, solo es necesario una consulta, con el objetivo que cada una de dichas normas indica.

¹⁴ Útil es mencionar que el Convenio se refiere, en este punto, a las "tierras", lo que, de conformidad al art. 13(2) del instrumento, incluye también los "territorios", lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera. Por otro lado, si bien técnicamente puede establecerse una diferencia entre las actividades de "exploración" y de "prospección", al partir de su tenor literal, parece que no es el sentido del Convenio distinguir entre una y otra. Es más, la OIT utiliza una y otra expresión de manera intercambiable, OIT 2009, 107-108.

¹⁵ Como derechos adicionales de los pueblos indígenas, el Convenio contempla el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la expropiación y uso de los recursos naturales, como el derecho a recibir una indemnización por los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales (art. 15(2)). Por la naturaleza de este trabajo, no nos referiremos a ellos.

¹⁶ Ahora bien, teniendo en cuenta que los proyectos de exploración o explotación de los recursos pueden tener un largo tiempo de desarrollo, la OIT entiende que el art. 15 debe leerse en conjunto con los artículos 6 y 7(3) del Convenio, de manera que un mismo proyecto pueda tener, durante toda su extensión de tiempo, distintos procesos de consulta y participación de los indígenas respecto de los impactos del proyecto en sus intereses, más allá que la sola evaluación de la decisión de llevar a cabo la exploración o explotación. OIT 2009, 108.

La Declaración de Naciones Unidas posee enunciados paralelos al Convenio, aunque relativamente más amplios, pero que pueden ayudar como guía al intérprete¹⁷. En primer lugar, el art. 19 de la Declaración, haciendo espejo de la norma contenida en el art. 6(1)(a) del Convenio, obliga a consultar las medidas legislativas o administrativas que afecten¹⁸ a los pueblos indígenas. Ambos cuerpos poseen un objeto de consulta similar; difieren, sin embargo, en cuanto a su estándar de cumplimiento: la Declaración requiere que la consulta sea practicada para obtener de los indígenas un consentimiento “libre, previo e informado”.

La Declaración también contiene en su art. 32(2) una obligación de consulta respecto de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios u otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Y esa consulta posee una distinta finalidad a la del Convenio, pues exige que la intervención en los recursos de propiedad indígena cuente con el consentimiento “previo, libre e informado” por parte de los pueblos consultados.

Nótese, además, que el art. 26(1) de la Declaración reconoce a los pueblos indígenas un derecho directo a los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, sin una distinción expresa por los sistemas en que el dueño de los recursos minerales es el Estado. Sin embargo, entendemos que una reserva de dominio de los recursos minerales en favor del Estado puede ser compatible con esta disposición.

En síntesis, lo que se consulta son (i) las medidas legislativas o administrativas, en cuanto (ii) afecten –directamente, como califica el Convenio–, los intereses de pueblos indígenas. Ahora, cuando se trate de la exploración o explotación de recursos minerales sobre los cuales el Estado retiene su propiedad, recursos del subsuelo, u otros recursos naturales ubicados en tierras indígenas sobre los cuales el Estado tenga derecho, el Convenio contiene un régimen de consulta especial, cuyo objeto serán las (i) medidas que aprueben los programas de exploración –prospección, en palabras del Convenio– u explotación (ii) a fin de determinar si los intereses de dichos pueblos serían perjudicados.

¹⁷ Ha sido tradicional que se le reste fuerza vinculante a la Declaración, por cuanto una Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas no tiene la misma fuerza obligatoria que un tratado internacional. Con todo, algunos han argumentado por una mayor implementación de los derechos contenidos en ella, *vid. STAVENHAGEN 2009*. Otros, por su parte, han visto la posibilidad de usarla como fuente de interpretación de otros tratados, particularmente, del Convenio; *vid. en este sentido, KINGSBURY 2011* (argumentando la influencia de la Declaración en la interpretación de tratados internacionales como es el Convenio. En su concepto, la Declaración puede ser aplicada, *en algunos casos*, como evidencia de la norma de derecho internacional aplicable, para los efectos de regla de interpretación del art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En otras situaciones, sirve como base textual en caso que otros tratados hagan referencia a ella, como es el caso de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos).

¹⁸ Nótese que la Declaración requiere únicamente que se “afecten” los intereses indígenas, mas no que se afecten de manera “directa”.

A nivel nacional, con todo, la discusión acerca del alcance del deber de consulta se ha reconducido a la interpretación de la consulta del art. 6(1)(a) del Convenio. Ello ha sido así –creemos– fruto de la temprana declaración por parte del Tribunal Constitucional del art. 6 del Convenio como una norma autoejecutable, mientras que otras disposiciones del Convenio, como es aquella del art. 15, fueron calificadas de programáticas¹⁹. Aunque la distinción puede ser cuestionada, éste ha sido el punto de partida para el análisis de las disposiciones de consulta, estimándose que la aplicación del resto de las disposiciones del Convenio requiere la adecuación del ordenamiento interno²⁰.

El deber de consulta –del art. 6 del Convenio– se implementó a nivel reglamentario por el Decreto N° 66/2013, y también se incluyeron normas especiales de consulta en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40/2013, Ministerio de Medio Ambiente. En ambos, el objeto de la consulta –arts. 7 y 85, respectivamente– corresponden a las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas.

2. El otorgamiento de un derecho minero a través de una concesión judicial no es una medida legislativa, ni tampoco un acto jurisdiccional

Nos abocaremos ahora a la naturaleza de la sentencia constitutiva de concesión minera. Recordemos que los recurrentes de protección la identificaron como una “medida legislativa”. La Corte de Apelaciones de Valdivia, por su parte, como una resolución judicial propia del ejercicio de la función jurisdiccional. Pareciere que ninguno de los dos extremos es correcto.

El art. 19 N° 24 de la Constitución Política sienta las bases del sistema de aprovechamiento de los recursos minerales; sistema que es complementado por la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, Ley N° 18.097 (LOCCM) y el CM. De conformidad a la disposición constitucional, el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, lo que constituye, para la doctrina, el dominio público del Estado sobre los recursos minerales²¹.

¹⁹ En la conocida sentencia del año 2000, el Tribunal Constitucional planteó la distinción en los siguientes términos: “Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina ‘self executing’ y ‘non self executing’. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”. Tribunal Constitucional Rol 309-00, cons. 48°.

²⁰ Vid., MONTT Y MATTA 2011; HERVÉ Y PÉREZ 2012, 15 y ss. Para una crítica, vid. comentario de YÁÑEZ 2012, 102 y ss.

²¹ Para la doctrina tradicional, este dominio del Estado sobre la riqueza mineral es uno de tipo sui generis. Vid. LIRA 2013, 68. Para una crítica, vid. entre muchos otros escritos del autor en la

Las sustancias minerales que tienen el carácter de concesibles –regla general en nuestro sistema–²² pueden ser aprovechadas mediante concesiones de exploración o explotación. Dichas concesiones son otorgadas por los Tribunales de Justicia, en procedimiento no contencioso²³, sin intervención decisoria de otra autoridad o persona²⁴ y a través de resoluciones judiciales. El procedimiento concesional está constituido por actos trámite rigurosos y que admiten una mínima intervención de parte de terceros²⁵. Culmina con un acto concesional, que el CM llama “sentencia constitutiva”²⁶, a partir del cual se otorgan al concesionario un haz de derechos, particularmente para explorar y/o explotar, según la naturaleza de la concesión que le ha sido otorgada.

Parece fácil –a partir del dato normativo–, descartar que la sentencia constitutiva de una concesión minera de exploración o explotación se trate de una medida legislativa. Más arduo es desentrañar si se trata (o no) del ejercicio de la función jurisdiccional.

Los textos constitucionales y legales hacen mención que la concesión minera se constituye por medio de resolución judicial, la cual es otorgada por los Tribunales de Justicia, lo que ha dado suficiente sustento para entender que el procedimiento concesional corresponde a un acto jurisdiccional²⁷.

Sin embargo, la posición anterior admite una contraria: entender que el acto por el cual un Tribunal de Justicia otorga una concesión sobre una sustancia concesible, aunque los textos lo llamen “resolución judicial” o “sentencia constitutiva”, corresponde, más bien, a un acto administrativo²⁸. Como tal, crea derechos subjetivos –que tienen naturaleza de derechos reales administrativos²⁹, puesto que se ejercen sobre un bien público– a favor de un concesionario, particularmente, para la exploración o explotación de la riqueza mineral. Al otorgar una concesión, no dirime el juez ningún conflicto entre partes, sino que resuelve sobre la procedencia de una solicitud de un particular para acceder al aprovechamiento de un bien público.

materia, VERGARA 2006, 215-244 (argumentando que, por insuficiencia dogmática, el constituyente habla de dominio sobre las minas. Lo correcto es entenderlo como una publicación de la riqueza mineral).

²² Art. 3 LOCCM; Art. 5 CM.

²³ No es aplicable a este procedimiento el art. 823 del Código de Procedimiento Civil, de manera que el procedimiento no se transformará en contencioso por la intervención de contendor.

²⁴ Art. 5 LOCCM; Art. 34 CM.

²⁵ En efecto, terceros pueden únicamente participar de este procedimiento en caso de deducir las oposiciones a que se refieren los arts. 61 a 69 CM; el incidente que puede dar origen a dar curso progresivo a los autos del art. 70 CM, o la oposición a la constitución de la concesión, según el art. 84 CM.

²⁶ Arts. 86-90 CM. La terminología legal es confusa: la “sentencia constitutiva” realmente es un acto concesional; la “concesión minera”, realmente son derechos subjetivos.

²⁷ Vid. OSSA 2013, 319.

²⁸ Se trata de un acto administrativo favorable, esto es, que amplía la esfera del concesionario.

²⁹ Vid. entre otros muchos escritos del autor, VERGARA 1989, 473 y ss.

Esta tesis no es nueva. Ya ha sido postulada hace tiempo por parte de la doctrina minera y administrativa³⁰. Lo que ocurre –y que provoca cierta confusión–, es que la Constitución Política ha encargado una tarea administrativa a un órgano que usualmente ejerce funciones jurisdiccionales; cuestión perfectamente posible, como se advierte que órganos distintos a los Tribunales de Justicia están dotados de funciones jurisdiccionales³¹.

Es, por lo demás, consistente en que lo propio de jurisdicción, tal como lo expresan las normas³² y la doctrina procesal³³, es la resolución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica entre las partes de un proceso, cuestión que no ocurre en los actos no contenciosos.

No es óbice a esta posición el hecho que el art. 3 de la Ley N° 19.880 defina los actos administrativos como las decisiones que emitan los órganos de la Administración del Estado³⁴. Lo anterior, puesto que esa disposición contiene una definición para los efectos de la aplicación de esa ley, pero no tiene la virtualidad de alterar la naturaleza jurídica de un determinado acto, lo cual viene dado por su sustancia y no por esta declaración formal³⁵.

3. La potencialidad de afectación a los intereses indígenas hace necesaria la consulta y una eventual modificación legislativa

En principio, el mero otorgamiento por el juez de una concesión minera pudiera no producir una afectación directa en los intereses de una comunidad indígena, pues los derechos que se confieren al concesionario no le permiten inmediatamente el aprovechamiento del terreno superior y el desarrollo de su proyecto minero.

En efecto, la concesión de exploración otorga a su titular el derecho de realizar las labores de exploración (art. 113 CM), quedando sujeto a: indemnizar los perjuicios que se causen con motivo de la exploración (art. 14

³⁰ Desde el punto de vista de la doctrina minera, *vid.* VERGARA 1992, 274 y 293 (postulando que, históricamente, ésta ha sido una función administrativa) y también en (2010) pp. 241-245. En la misma línea CLAUSSEN 2010, 8-9 (quien señala que, por razones históricas y de conveniencia, le fue otorgado al poder judicial y no a la autoridad administrativa la potestad de otorgar los derechos mineros). Desde el punto de vista de la doctrina administrativa, CALDERA 2001, 18.

³¹ Cea previene que la función jurisdiccional es más amplia que la función judicial, otorgada ésta última a favor de los jueces. CEA 1999, 173.

³² Art. 76 Constitución Política; art. 1 Código Orgánico de Tribunales (COT). El art. 19 N° 24 de la Constitución Política, LOCCM o el CM, en ningún pasaje mencionan que los Tribunales de Justicia, al otorgar una concesión minera por medio de resolución judicial, están ejerciendo facultades jurisdiccionales.

³³ *Vid.* por todos, COLOMBO 1991, 41. El autor indica, además, que es perfectamente posible que Tribunales de Justicia detenten funciones no jurisdiccionales, como es precisamente el caso de los asuntos no contenciosos, en 47.

³⁴ Lo que ha llevado a algunos autores a referir que la ley excluye expresamente la posibilidad de calificar como un acto administrativo a aquellos actos que emanan del poder legislativo o judicial. *Vid.*, BOLOÑA 2005, 32.

³⁵ En este mismo sentido, VERGARA 2010, 244-245, aunque dicho autor incluso considera que, por la vía interpretativa, podrán ser aplicables los principios contenidos en la Ley N° 19.880.

LOCCM, 14 y 16 N° 3 CM); contar con los permisos necesarios en caso de que los terrenos estén cerrados o cultivados (art. 15 y ss. CM); obtener, en su caso, los permisos del art. 17 CM, y respetar las normas sobre policía minera, esto es, las normas contenidas en el Reglamento de Seguridad Minera. El concesionario de exploración tiene la facultad, además, de manifestar con preferencia (art. 114 CM) y el hacerse dueño de las sustancias concesibles que necesite arrancar con motivo de las labores de explotación (art. 113 CM). Por su parte, la concesión de explotación otorga a su titular el derecho a realizar las labores de exploración y explotación (art. 11 N° 1 LOCCM y 116 inc. 1 CM), quedando sujeto a las mismas cargas y permisos que la concesión de exploración.

Ahora bien, los derechos que emanan de una concesión minera son, por definición, distintos e independientes de los derechos que tenga el dueño, poseedor o mero tenedor del terreno superficial (art. 19 N° 24, inciso 6° Constitución; arts. 2, 3 y 7 de la LOCCM). Luego, el concesionario podrá, en términos generales, desarrollar las labores de exploración o explotación contando con un título sobre el terreno superficial. El otorgamiento de una concesión minera, entonces, no interfiere directamente con los derechos del propietario superficial, sino que lo posibilitará el posterior acto jurídico que le otorgue algún derecho sobre el terreno.

Con todo, este diseño institucional podría, en algunos supuestos, generar problemas respecto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Así, la legislación minera permite al concesionario minero –e incluso a cualquier persona– catar o cavar en tierras de cualquier dominio, con la sola restricción que no se trate de terrenos comprendidos por una concesión minera ajena y se trate de terrenos abiertos e incultos (salvo que se obtenga el permiso del art. 15 CM). De igual forma, el concesionario minero podrá solicitar al tribunal la imposición de una servidumbre legal minera para permitir la exploración o explotación de su concesión, lo que permitirá acceso al concesionario al terreno superficial, aun cuando no haya existido consulta en el procedimiento concesional³⁶. E incluso en el trámite de constitución se podrán realizar trabajos de reconocimiento de mina, con amparo de la fuerza pública (art. 53 CM). Por lo demás, no todos los proyectos mineros deben ser sujetos a su evaluación ambiental. Todo lo anterior sin realizarse consulta de ningún tipo³⁷.

De manera que, eventualmente, la constitución de una concesión minera podría ser el acto que habilitaría trabajos que podrían producir alguna

³⁶ Las autorizaciones medioambientales no son un requisito para el otorgamiento de la servidumbre minera, aunque la jurisprudencia no ha sido clara en la materia. *Vid.* el análisis de jurisprudencia en VERGARA 2016.

³⁷ No se requerirá una consulta previa a la dictación de la sentencia que constituye la servidumbre, pues, a diferencia de la concesión judicial, su constitución obedece a un acto jurisdiccional. Una posición contraria puede encontrarse en el trabajo de CARMONA 2017. www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/05/30/Las-autorizaciones-urbanisticas-o-medioambientales-no-son-un-requisito-previo-para-la-constitucion-legal-de-servidumbres-mineras.

afectación de los intereses indígenas, lo que ameritaría el proceso de consulta. El problema que aquí surge es que el procedimiento de constitución de una concesión minera no es legalmente apto para identificar una afectación a un interés indígena, ni mucho menos llevar a cabo una consulta. El procedimiento se caracteriza por ser formalizado, con una serie de actos trámite que deben ser cumplidos por el juez y el solicitante, con una total ausencia de discrecionalidad y una mínima intervención de terceros. Recordemos que el art. 34 CM obliga a desarrollar el procedimiento sin intervención decisoria de otra autoridad o persona. No es posible tampoco que el juez ordene, de oficio, la procedencia de una consulta indígena, pues las normas del procedimiento no lo habilitan.

La solución que hoy da el ordenamiento jurídico que regula el aprovechamiento de los minerales al posible conflicto es *ex post*, derivado de la necesidad de que el concesionario minero indemnice los daños causados, ya sea en virtud de las reglas del derecho común; las especiales contempladas en el art. 14 LOCCM, 14 y 16 N° 3 CM o las indemnizaciones provenientes de la constitución de la servidumbre legal minera.

Creemos, sin embargo, que lo exigido por el Convenio es lo inverso: busca la consulta de los pueblos indígenas desde las primeras etapas de desarrollo de un proyecto que verse sobre el aprovechamiento de minerales en los territorios indígenas.

Conclusiones

Las concesiones mineras sobre sustancias concesibles son constituidas en virtud de un acto concesional, que el Código de Minería denomina como "sentencia constitutiva". Dicho acto, al contrario de lo que suele pensarse, constituye una medida administrativa, no jurisdiccional, por lo que las Cortes han errado en la determinación de su verdadera naturaleza. Lo anterior tiene consecuencias para el entendimiento del deber de consulta establecido en el art. 6(1)(a) del Convenio. No puede decirse que toda constitución de un derecho minero deba ser consultado. Se requerirá de un análisis concreto de la posibilidad de que se produzca una afectación directa de los intereses los pueblos indígenas.

Ahora bien, podemos encontrarnos en la situación que el concesionario minero pueda desarrollar su actividad, incluso en tierras indígenas, sin necesidad de una consulta previa ni permiso alguno de la comunidad o persona natural indígena que sea su propietaria. En estos casos podríamos pensar que es necesario que se proceda a la consulta de la concesión minera que otorga tal derecho, en la medida que se produzca alguna afectación concreta a los intereses indígenas. Sin embargo, el procedimiento concesional no es lo suficientemente flexible como para desarrollar este proceso. De manera que una eventual modificación del sistema concesional minero debería tomar en cuenta los compromisos que ha asumido Chile en materia de protección de los derechos indígenas –en especial, a partir del art. 15(2) del Convenio–,

como también la certeza que es necesaria para que un inversionista deba llevar a cabo un desarrollo minero.

Bibliografía citada

- BANCO MUNDIAL (2005). *Operating Policy* 4.10. <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>.
- BARROS, A. y SCHÖNSTEINER, J. (2014). Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos. En Instituto Nacional de Derechos Humanos (Coord.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile* (pp. 203-244). Universidad Diego Portales.
- BOLOÑA KELLY, G. (2005). *El acto administrativo*. LexisNexis.
- CALDERA DELGADO, H. (2001). *Tratado de derecho administrativo*. Ediciones Parlamento.
- CALDERA CARMONA, C. (2019). El deber de consultar las concesiones y servidumbres mineras: un comentario a la sentencia Rol N° 91-2017 (acumuladas 92-2017 y 93-2017) de la Corte de Apelaciones de Copiapó. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 26. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0019>.
- CEA EGAÑA, J. (1999). *Teoría del gobierno*. Universidad Católica de Chile.
- CLAUSSEN CALVO, C. (2010). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho emanado de la concesión minera. *Revista de Derecho de Minas, Aguas y Medio Ambiente* (10), 1-34. <http://docplayer.es/1529152-Acerca-de-la-naturaleza-juridica-del-derecho-emanado-de-la-concesion-minera-carlos-clausсен-calvo-magister-en-derecho-de-mineria-1.html>.
- COLOMBO CAMPBELL, J. (1991). *La jurisdicción en el derecho chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- HERVÉ, D. y PÉREZ, S. (2012). Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de los recursos naturales. En J. Contesse (Coord.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno* (pp. 15-101). Universidad Diego Portales.
- INTERNATIONAL COUNCIL OF MINING AND METALS (ICMM) (2013). *Position Statement on Indigenous Peoples*. <https://www.icmm.com/en-gb/about-us/member-requirements/position-statements/indigenous-peoples>.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC) (2012). *Performance Standard 7*. https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/policies-standards/performance-standards/ps7.
- KINGSBURY, B. (Abril 2011). Indigenous peoples. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e948?prd=MPIL>.
- LIRA OVALLE, L. (2007). *Curso de derecho de minería* (4ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- MONTT OYARZÚN, S. y MATTÁ AYLWIN, M. (2011). Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Revista de Estudios Públicos* (121), 133-212.
- NACIONES UNIDAS (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Num. 169 de la OIT*. OIT.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2013). *Informe de Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. OIT.
- OSSA BULNES, J. (2013). *Tratado de derecho de minería* (5a. ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- SHAW, M. (2014). *International Law* (7a. ed.). Cambridge University Press.
- STAVENHAGEN, R. (2009). Making the declaration work. En C. Charters y R. Stevanhagen (Eds.), *Making the declaration work, the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples* (pp. 352-371). IGWIA.
- YÁÑEZ FUENZALIDA, N. (2012). Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de los recursos naturales. Comentario de Nancy Yáñez. En J. Contesse (Coord.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno* (pp. 102-109). Universidad Diego Portales.

- VERGARA BLANCO, A. (1989). Los derechos mineros como derechos reales administrativos. *Revista de Derecho Público*, II (115), 473-493.
- VERGARA BLANCO, A. (1992). *Principios y sistema del derecho minero*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, A. (2010). *Instituciones de derecho minero*. AbeledoPerrot.
- VERGARA BLANCO, A. (30 de mayo de 2016). Las autorizaciones urbanísticas o medioambientales no son un requisito previo para la constitución judicial de servidumbres mineras. El Mercurio Legal. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2016/05/30/Las-autorizaciones-urbanísticas-o-medioambientales-no-son-un-requisito-previo-para-la-constitución-judicial-de-servidumbres-mineras.aspx>.

Normativa citada

- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Ley N° 1.552 de 1902. 30 de agosto de 1902 (Chile).
- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421. 9 de julio 1943.
- Constitución Política de la República [Const.]. Decreto N° 100 de 2005 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. 17 de septiembre de 2005.
- Ley N° 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 7 de enero de 1982. D.O. N° 31.171.
- Código de Minería [CM]. Ley N° 18.248 de 1983. 14 de octubre de 1983.
- Ley N° 19.300 de 1994. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 1 de marzo de 1994. D.O. N° 34.810.
- Decreto N° 132 de 2004 [Ministerio de Minería]. Reglamento de Seguridad Minera. 7 de febrero de 2004.
- Decreto N° 40 de 2013 [Ministerio del Medio Ambiente]. Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 12 de agosto de 2013.
- Decreto N° 66 de 2013 [Ministerio de Desarrollo Social]. Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica. 15 de noviembre de 2013.

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional. Rol 309-00; 4 de agosto de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Kichwa indigenous people of the Sarayaku Community and its Members v. Ecuador. 27 de junio de 2012.
- Corte de Apelaciones de Valdivia. Primera Sala. Rol N° 1.091-2014; 23 de abril de 2015.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 6.303-2015; 26 de mayo de 2015.

El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, III: Líneas y vacilaciones durante 2020 en veinte temas de la disciplina

Alejandro Vergara Blanco*

Este texto es la continuación de trabajos anteriores sobre las líneas y vacilaciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema en veinte temas relevantes de la praxis de derecho administrativo, el que ahora se actualiza para el año calendario 2020. Sintetiza y grafica el resultado de una investigación de un caudal de 329 sentencias de la Corte Suprema del año señalado. Su formato es sintético. Respecto de cada tema se señala: los hechos que dan origen a la conflictividad; la *ratio iuris decidendi*; gráficos en que queda en evidencia la conducta lineal o zigzagante tanto de la Sala como de sus ministros y abogados integrantes; un análisis de tal comportamiento; y, un recuento exhaustivo de sentencias. El resultado es distinto al del primer y segundo estudio: si bien persisten algunas vacilaciones de la Corte Suprema, durante 2020 existe un aumento de temas con jurisprudencia uniforme. No obstante que se mantiene alguna conducta errática de algunos de sus ministros y abogados integrantes.

This text is the continuation of previous works on the lines and vacillations of the jurisprudence of the Supreme Court in twenty relevant issues of the praxis of administrative law; which is now updated for the 2020 calendar year. It synthesizes and graphs the result of an investigation of a volume of 329 Supreme Court judgments of the year 2020. Its format is synthetic. Regarding each issue, it is indicated: the facts that originated the conflict; the *ratio iuris decidendi*; graphics that evidences the linear or zigzagging behavior of both the Chamber as of its ministers and member attorneys; an analysis of such behavior; and an exhaustive count of rulings. The result is different from that of the first and second studies: although some vacillations of the Supreme Court persist, now during 2020 there is an increase in topics with uniform jurisprudence. However, some erratic conduct of some of its member ministers and member attorneys is maintained.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 31 de marzo de 2021 y aceptado el 20 de mayo de 2021.

Palabras clave: Jurisprudencia de derecho administrativo, Vacilaciones de la jurisprudencia, Corte Suprema, *ratio iuris decidendi*, comportamiento judicial.

Keywords: Jurisprudence of administrative law, vacillations of jurisprudence, Supreme Court, *ratio iuris decidendi*, judicial behavior.

Introducción

Esta es la continuación de estudios anteriores; sus versiones anteriores¹ estuvieron dedicadas a describir la escena jurisprudencial del período 2008-2019 en la Corte Suprema, en veinte temas relevantes de la disciplina del derecho administrativo. La investigación de la jurisprudencia de derecho administrativo podría ser más amplia y cubrir muchos otros temas, los que se suelen incorporar en comentarios de la jurisprudencia, en libros dedicados a la disciplina o en apuntes dirigidos a la enseñanza. Para estas publicaciones, por ahora, he elegido esos veinte temas que son hartamente actuales y relevantes en la praxis de la disciplina, la que permite ofrecer *una muestra* de la conducta de jueces y salas de la Corte Suprema. La actual investigación fue realizada sobre un caudal de 329 sentencias de la Corte Suprema del año 2020 en los mismos veinte temas de los dos estudios anteriores.

En esta continuación se mantiene el método de trabajo de los anteriores estudios, como se explica en la primera parte. En la segunda parte se ofrecen los resultados, en tres apartados: el escenario jurisprudencial, explicado; los gráficos y el listado completo de las sentencias respectivas. Cierran el trabajo unas breves conclusiones.

Primera Parte: Método de trabajo y explicación de cada uno de los veinte temas

1. Método de trabajo: *Ratio iuris decidendi* idéntica en casos comparados y exhaustividad de la muestra

El método de trabajo que he seguido es el usual en toda recopilación exhaustiva de fuentes del derecho. Es el mismo de las anteriores investiga-

¹ Este y los anteriores estudios han sido realizados en el marco de las tareas del Observatorio jurisprudencial del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Debo agradecer el valioso trabajo de investigación, fichaje, discusión y gráficos a Carolina Carcamán y Maximiliano Baeza, quienes sucesivamente coordinaron la tarea, y a Francisca Rendich, Ariel Rojas, Nicolás Araya, Pool Tamay y Joaquín Granados, todos investigadores de dicho Programa. La primera versión de este estudio (*El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018)*), fue publicada en esta Revista N° 28 (2019) Número especial, 184. La segunda versión del estudio (*El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, II: Líneas y vacilaciones durante 2019*) fue publicada en esta Revista N° 31 (2020), 251-299. Puede verse también sobre las repercusiones del Estudio: Carcamán Rodríguez, Carolina. 2020. *Crónica de las repercusiones del Estudio: "El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones"*, publicado en esta Revista, N° 28 (2019), 301-305 [todos alojados en el sitio web de la Revista y en los sitios en que se encuentra indexada].

ciones, que puedo sintetizar así: Se inicia con la selección de sentencias de cada uno de los temas de la muestra (i); y, para darle validez a la muestra, se verifica que haya exactitud o igualdad en la *ratio iuris decidendi* de todos los casos que se comparan (ii).

i) *selección de las sentencias*. La selección de las sentencias tiene que ser el resultado de una búsqueda rigurosa (en este caso en: www.poderjudicial.cl, sin perjuicio de la ayuda inestimable que proveen otras bases de datos confiables). De esas bases se han seleccionado todas las sentencias. De este modo esta muestra permite ofrecer la conclusión que se busca: la linealidad o vacilación de la jurisprudencia en cada tema analizado.

ii) *igualdad o exactitud de la materia y casos de la muestra*. *Ratio iuris decidendi*. Si bien es verdad que cada caso es distinto (ello es obvio: suelen ser distintas las partes, las épocas o el origen del conflicto, etc.), la muestra se realizó luego de un trabajo previo de reducción de la temática de cada sentencia hasta llegar a la identificación de las respuestas jurisprudenciales a una temática muy específica, casi siempre a la interpretación de una misma norma, o conjunto de normas, o a una identidad del *factum*, esto es, de los hechos. Esto es, a una misma *ratio iuris decidendi* [=razón jurídica de la decisión]. De ahí que podemos decir que en todas las sentencias colacionadas en cada caso hay identidad de base fáctica y regulatoria: unos mismos hechos y un mismo derecho de base y, por ende, una misma (o desigual) *ratio iuris decidendi* para una causa igual.

Explico lo anterior pues la pretensión de este estudio es que todos los casos colacionados para cada materia sean una muestra empíricamente comparable, y así ser la base exacta de las conclusiones que se buscan: la linealidad o vacilación de la jurisprudencia.

2. Explicación de cada tema e información que ahora se ofrece

En la primera publicación de esta investigación cada uno de los veinte temas fue explicado considerando y ofreciendo la siguiente información: i) los hechos que dan origen al tipo de conflicto y la regulación del mismo; ii) la *ratio iuris decidendi* específica de cada tema; iii) el escenario jurisprudencial; y iv) gráficos de comportamiento de salas, ministros y abogados integrantes.

Al respecto, en esta publicación, referida a los mismos veinte temas: omitimos completamente la información ofrecida en i) y ii), por lo que cabe remitirse a lo allí explicado; ello para evitar repeticiones en este sitio; pero, se ofrece una información enteramente nueva (como es natural) y relativa a los resultados del año 2020, en cuanto a las informaciones referidas en iii) y iv), esto es: el escenario jurisprudencial y los gráficos.

De ahí que en la Segunda Parte la explicación de cada tema esté referido al escenario jurisprudencial y a los gráficos respectivos. Además, al final se agregan los listados de sentencias.

Segunda Parte: Veinte temas de derecho administrativo ante la Corte Suprema (2020)

Cabe advertir que este es un trabajo de recopilación de sentencias sobre los veinte temas que se indican. Al realizar esta búsqueda en algunos casos no se encontró sentencia alguna referida al tema respectivo; ello ocurrió en los temas de los números 11,19 y 20. Si bien tales temas se mantuvieron en la numeración y subtítulos, ahí solo se consigna esta circunstancia.

A. Escenario jurisprudencial en cada tema

I. Conflictos durante el procedimiento administrativo

1. *Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Corte Suprema se mantuvo uniforme en esta materia, aplicando adecuadamente la regla del artículo 25 de la LBPA. De esta manera, mantuvo la tendencia sostenida en años anteriores, en que resolvió de la misma forma.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Todos los ministros y abogados integrantes de la Tercera Sala se inclinaron por la misma postura, en orden a aplicar correctamente lo dispuesto en el artículo 25 de la LBPA. No se presentaron cambios de criterio ni tampoco vacilaciones, manteniendo una tendencia uniforme con lo resuelto durante el año 2019.

Gráficos

Véase Gráficos 1.1 y 1.2, más adelante.

2. *Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de la Corte Suprema mantuvo un criterio lineal durante el 2020, optando en todos los casos por la inexistencia de plazos fatales para la Administración. Marca una diferencia con el año 2019, en donde en *Clínica Alemana* (2019) y *Reveco* (2019) se manifestaron a favor de la postura del decaimiento.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Tanto ministros como abogados integrantes uniformaron sus posturas, inclinándose por la inexistencia de plazos fatales, dejando atrás las vacilaciones sostenidas durante el período 2008-2019. El ministro S. Muñoz pasa de una postura pro cumplimiento de plazos por la Administración en *Reveco* (2019), a sostener de manera uniforme la postura mayoritaria. No existe ninguna disidencia durante el año.

Gráficos

Véase Gráficos 2.1 y 2.2, más adelante.

3. *Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de la Corte Suprema inicia el año manteniendo el mismo comportamiento del período 2008-2019, en cuanto a reconocer la esencialidad de la audiencia previa. Sin embargo, en *JB Solutions SpA (2020)*, en votación dividida, innova de manera extravagante y cambia de parecer, admitiendo como audiencia previa una reunión meramente informativa, cuestión no contemplada en la ley. Posteriormente, vuelve a sostener el criterio inicial, optando por la esencialidad de la audiencia previa del interesado, incurriendo así en un zigzag jurisprudencial.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* En este asunto, los ministros S. Muñoz, Vivanco y el abogado integrante Pallavicini, permanecen uniformes reconociendo la esencialidad de la audiencia previa del interesado. Por su parte, la ministra Sandoval incurre en un zigzag, al aceptar en *JB Solutions SpA (2020)* la reunión meramente informativa previa para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 de la LBPA, y posteriormente regresar a la postura que reconoce la esencialidad de tal audiencia.

Gráficos

Véase Gráficos 3.1 y 3.2, más adelante.

4. *Plazo de la administración para ejercer potestad sancionatoria*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2020, la Corte Suprema mantiene un criterio uniforme, consistente en aplicar el plazo de cinco años contemplado en el Código Civil, como plazo de la Administración para ejercer la potestad sancionatoria, manteniendo la postura del 2019 y ratificando el cambio de comportamiento en relación al período 2008- 2018, en que zigzagueó en diferentes oportunidades. En tal sentido, no se produjeron zigzagueos durante el 2020, contrario a lo sucedido en años anteriores.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* En el año 2020, los ministros y abogados integrantes tanto de la Primera como de la Tercera Sala aplican el Código Civil. Salvo el abogado integrante Pallavicini, que en *Universidad de Chile II (2020)*, de manera disidente, plantea que se debe aplicar el Código Penal.

Gráficos

Véase Gráficos 4.1 y 4.2, más adelante.

5. *Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2020, la Corte Suprema ha sostenido una conducta uniforme, libre de vacilaciones y cambios de criterio, reconociendo el derecho a interrupción contemplado en el artículo 54 inc. 2° de la LBPA. Esto es consistente con la postura sostenida durante el 2019, en que se mantuvo invariable en el mismo razonamiento. Así, desde 2006 la CS ha sido consistente, salvo dos casos, uno de 2009 y otro de 2010.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Tanto ministros como abogados integrantes han mantenido una única línea jurisprudencial, optando por la postura de reconocer la señalada interrupción del artículo 54 inc. 2° LBPA. No existieron vacilaciones ni cambios de criterio respecto a sus votos del año 2019.

Gráficos

Véase Gráficos 5.1 y 5.2, más adelante.

II. Conflictos al presentar recursos jurisdiccionales

6. *Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala, en la única sentencia dictada durante 2020 acerca de esta materia, en *Moya (2020)*, mantuvo la postura de los años anteriores (2008-2019), aplicando las reglas del Código Civil respecto a la prescripción de la acción de nulidad administrativa cuando existe un componente patrimonial.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Durante el 2020, las ministras Sandoval y Repetto, junto a los abogados integrantes Quintanilla y Pierry aplicaron el Código Civil respecto de los efectos patrimoniales de la acción; mientras que el ministro S. Muñoz mantuvo su voto tradicional en la materia, y optó por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, manteniendo todos ellos sus respectivas posturas sostenidas durante el 2019 y años anteriores.

Gráficos

Véase Gráficos 6.1 y 6.2, más adelante.

7. *Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala se mantuvo invariable durante el año 2020, fallando todos los casos estudiados conforme

a la norma contenida en el art. 25 de la Ley N° 19.880. En esta materia la Sala ha abandonado la conducta zigzagueante que mantuvo hasta 2017.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Al igual que en el año 2019, todos los ministros y abogados integrantes de la Tercera Sala se inclinaron por la misma tendencia, esta es, aplicar la norma del art. 25 de la Ley N° 19.880, y ya no se observa el zigzagueo que varios de ellos mantuvieron en los años anteriores.

Gráficos

Véase Gráficos 7.1 y 7.2, más adelante.

8. *Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad patrimonial de la Administración*

Cabe hacer presente que, en el caso de acción llevadas ante organismos de salud pública, se invocó el artículo 40 de la ley 19.966, el cual dispone expresamente un plazo de cuatro años de prescripción para tales. Por tal razón, dichas sentencias fueron excluidas del presente estudio.

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de la Corte Suprema ha mantenido el criterio sostenido uniformemente durante el período anterior, consistente en que la acción indemnizatoria por falta de servicio, seguida en contra de los órganos administrativos, prescribe de acuerdo al plazo señalado en el artículo 2332 del Código Civil.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Ministros y abogados integrantes votaron de manera uniforme durante 2020, siguiendo la tendencia del período 2008-2019.

El ministro S. Muñoz mantiene su postura disidente en este aspecto, planteando que las normas contenidas en el Código Civil relativas a la prescripción no son aplicables en materia de acciones indemnizatorias por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, fundándose principalmente en que los principios inspiradores del Derecho Público no son compatibles con aquellos que se encuentran en el Derecho Privado.

En el caso de las acciones llevadas al alero de la ley 19.966, el ministro S. Muñoz no opuso disidencia. Pues el plazo de cuatro años contemplado en tal ley, sería una disposición expresa y dispuesta para aplicar a la acción que se pretende ejecutar, lo que no generaría un conflicto con los principios inspiradores del Derecho Público.

Gráficos

Véase Gráficos 8.1 y 8.2, más adelante.

9. Prescripción de la acción indemnizatoria por crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Desde fines del 2014 existe en la Segunda Sala de la Corte Suprema una jurisprudencia asentada tendiente a aceptar la imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria por crímenes de lesa humanidad. Tal escenario se mantuvo durante el 2020 con once sentencias en las que la Corte reafirmó el carácter imprescriptible de esta acción patrimonial en tales casos.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* La generalidad de los ministros y abogados integrantes de la segunda sala de la Corte Suprema han mantenido su posición, sin variaciones ni zigzagueos, manteniendo así el comportamiento lineal sostenido desde el 2014, en cuanto a declarar la imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria por crímenes de lesa humanidad.

La salvedad la presenta el abogado integrante Lagos, quien ha optado por declarar la prescripción de la acción indemnizatoria cada vez que ha integrado la sala durante el 2020, generando un cambio en relación con el año 2019, en el que las decisiones eran unánimes al declarar la imprescriptibilidad de la acción. Sin embargo, su postura es coincidente con lo que él mismo planteó durante el período 2008-2018.

Gráficos

Véase Gráficos 9.1 y 9.2, más adelante.

10. Legitimación activa para ejercer la acción de protección

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* A diferencia de lo ocurrido en 2019, durante el año 2020 la Corte Suprema conoció una gran cantidad de casos en esta materia, principalmente relacionadas con el covid-19 y sus consecuencias. En ese contexto, la Tercera Sala mantuvo una absoluta uniformidad en su criterio, exigiendo un grado de determinación más estricto respecto a la individualización del afectado en el recurso de protección. Lo anterior confirma lo sucedido durante el período 2008-2018, en donde, salvo en *Confederación Trabajadores* (2017), la Corte se pronunció en tal sentido.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Ministros y abogados integrantes se mantuvieron uniformes en su postura de exigir una mayor precisión a la hora de determinar al afectado. Zigzaguea el ministro S. Muñoz, quien en los casos *Muñoz I* (2020), *Asociación III* (2020), *Neira* (2020), opta por exigir un grado de precisión menos estricto respecto a la individualización del afectado.

Gráficos

Véase Gráficos 10.1 y 10.2, más adelante.

11. *Procedencia y alcance de la acción de mera certeza*

Escenario jurisprudencial 2020

No existieron pronunciamientos acerca de este tema por parte de las salas de la Corte Suprema durante 2020.

III. Conflictos relativos a la estabilidad de los trabajadores en la administración

12. *Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Cuarta Sala, durante el año 2020 mantuvo los zigzagueos observados en períodos anteriores, al resolver algunos casos aplicando las normas del Código del Trabajo y otros dejando de aplicar tales normas. Es especialmente discutida dentro de la sala la aplicación de la nulidad del despido, contemplada en el art. 162 del Código del Trabajo, respecto de las vinculaciones nacidas al interior de órganos de la Administración pero sobre la base de un contrato a honorarios. Se puede decir que la Cuarta Sala volvió a su conducta zigzagueante, pues el año 2019 había ofrecido una sorprendente uniformidad, desde junio a diciembre (desde *Dominguez*, 2019, en adelante), marcando una diferencia con sus constantes zigzag anteriores. Este breve tiempo de uniformidad se terminó en febrero de 2020, con *Ayacán* (2020), y en tres ocasiones posteriores: *Poblete* (2020), *Aldana* (2020) y *Vargas* (2020), cuyas causas son idénticas en sus bases jurídicas, por lo que es inexplicable el cambio.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Continúan los zigzagueos de los años anteriores de los ministros Blanco, M. Silva y A. Muñoz, y ahora también de la nueva ministra Repetto, oscilando entre la tendencia que decide no aplicar las normas del Código del Trabajo y aquella que sí, previa distinción de la naturaleza del vínculo entre la persona y la Administración, nacida en virtud de un contrato a honorarios. Estos cambios son los que explican y provocan el zigzagueo de la Sala. Por su parte, la ministra Chevesich se mantiene absolutamente estable en su votación, como en todos los períodos anteriores revisados en este Estudio.

Gráficos

Véase Gráficos 12.1 y 12.2, más adelante.

13. *Término anticipado de empleos a contrata*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la Tercera Sala.* Después de analizada la jurisprudencia dictada por la Tercera Sala durante el 2020, se concluye que si bien en la mayoría de los casos se acogen los recursos respectivos, no aceptando la

precariedad del empleo a contrata; no obstante, existen seis casos en los que continúan los zigzagueos. En efecto, en la mayoría de las sentencias la sala opta por declarar la vulneración a los derechos de los empleados a contrata con la terminación de tales empleos, principalmente en virtud de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley. Usualmente la integración de la sala es similar, y este zigzagueo se explica únicamente en el cambio de los votos de tres de sus ministros, como se revisa a continuación.

b) Conducta de ministros y abogados integrantes. Durante el año 2020, se mantienen estables y con una votación absolutamente lineal, aunque en sentido contrario, tanto el ministro S. Muñoz, quien no acepta la precariedad de los empleos a contrata y el abogado integrante Pallavicini, quien sí acepta dicha precariedad al estimar que la autoridad se encuentra legalmente facultada para poner término al vínculo emanado de la contrata, sin importar el tiempo que la persona lleve vinculada a la Administración. Ambos han mantenido esta conducta lineal durante muchos años, como se observa en las entregas anteriores de este Estudio.

No obstante, continúan con su conducta anterior altamente zigzagueante las ministras Vivanco y Sandoval y el abogado integrante Pierry (como se puede ver en los resultados anteriores de este Estudio), cuyos cambios de voto en causas idénticas es lo que origina que la sala continúe ofreciendo sentencias zigzagueantes. Además, se produce una dispersión de sus votos, lo que hace impredecible los resultados de la Sala, por la inconsistencia de tales ministras y abogado integrante de lo que pareciera ser su posición doctrinaria (si es que podemos afirmar que la haya). En efecto, por una parte, Pierry y Sandoval en la mayoría de los casos aceptan la precariedad del empleo a contrata, pero en algunos casos votan por la posición contraria en casos idénticos; y, por otra parte, Vivanco, al contrario, si bien suele no aceptar la precariedad en una mayoría de casos, pero en casos idénticos vota en sentido contrario. En las sentencias respectivas no se ofrece ninguna explicación a estos constantes cambios de votos.

Véase, respecto del abogado integrante Pierry, los casos: *Santos* (2020) y *Vargas* (2020).

Respecto de la ministra Sandoval, los casos: *Gutiérrez* (2020), *Villalobos* (2020), *Miranda* (2020), *Salgado* (2020), *Navarrete* (2020), *Franjola* (2020), *Zumelzu* (2020), *Suazo* (2020), *García* (2020), *Araya* (2020) y *Castañeda* (2020).

Respecto de la ministra Vivanco, los casos: *Ormeño* (2020), *Soto* (2020), *Williams* (2020), *Smirnov* (2020), *Caruncho* (2020) e *Inostroza* (2020).

Gráficos

Véase Gráficos 13.1 y 13.2, más adelante.

14. *Desviación de poder en las desvinculaciones de los funcionarios a contrata*
Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2020 se verifica una uniformidad en reconocer la desviación de poder como vicio de ilegalidad en los casos de desvinculaciones de funcionarios a contrata.

Esto representa un escenario fuertemente contrastante con el existente durante los años 2014 a 2019, caracterizados por los constantes zigzagueos en que incurrió la Sala.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* En la medida en que la conducta de los ministros y abogados integrantes de la Sala es uniforme se produce, como consecuencia, la uniformidad señalada en los resultados de la jurisprudencia de la Sala, en reconocer la desviación de poder como vicio de ilegalidad. En este sentido, destacan los votos constantes y reiterados de los ministros S. Muñoz, Sandoval, Vivanco y Llanos a favor de reconocer la desviación de poder.

En contraste, el abogado integrante Pallavicini, quien tradicionalmente había sido uniforme en no aceptar la desviación de poder como vicio de legalidad en estas desvinculaciones (en consistencia con sus votos en el tema 13, relativo a la precariedad del empleo a contrata), incurre en un zigzag en Gálvez (2020), en que se manifiesta a favor de la postura mayoritaria; posteriormente vuelve a su criterio tradicional en las dos ocasiones siguientes en que integra: Castillo (2020) y Gómez (2020).

Gráficos

Véase Gráficos 14.1 y 14.2, más adelante.

15. *Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia se presenta altamente vacilante, existiendo múltiples fallos que rechazan la idoneidad del recurso por razones de fondo, intercalados con otros que acogen los recursos, aceptando su carácter como vía idónea. Dentro de estos, a su vez, existen casos en que se ha fundamentado acoger el recurso por medio de la garantía de la igualdad ante la ley, y otros, menos numerosos, en la garantía de la propiedad; e incluso, de manera sorprendente, en un número considerable de casos la Sala menciona *ambas garantías* como su fundamento. Muchos otros se refieren de manera general a las "garantías alegadas por la parte recurrente" como fundamentación.

Es posible afirmar, entonces, que la Sala no ha desarrollado una doctrina consistente al respecto.

Este escenario jurisprudencial es bastante similar al que se ha verificado en los años anteriores, hasta 2019, existiendo ciertos periodos que pudieran calificarse en principio de estabilidad lo que cambia de improviso forjando un panorama caracterizado por un constante zigzagueo.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Se observa que los ministros de la Tercera Sala zigzaguearon constantemente durante el año 2020, admitiendo y rechazando recursos en casos de desvinculación de funcionarios a contrata. Es, por ejemplo, la conducta (en esto, invariable) de las ministras Sandoval y Vivanco, quienes zigzaguean en numerosas ocasiones. Conductas relativamente uniformes ofrecen, por una parte, el ministro S. Muñoz, quien se pronuncia regularmente por aceptar el recurso de protección como vía idónea, salvo en cuatro casos en que zigzaguea: *Herrera (2020)*, *Díaz III (2020)*, *Quezada I (2020)* y *Pérez (2020)*; y, por otra parte, el abogado integrante Pallavicini, quien, por el contrario, se pronuncia regular y reiteradamente por rechazar los recursos por razones de fondo, salvo en un caso, en que zigzaguea: *González II (2020)*.

Gráficos

Véase Gráficos 15.1 y 15.2, más adelante.

IV. Conflictos en recursos naturales, medio ambiente y bienes públicos

16. Regularización de derechos de aguas

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2020, la Tercera Sala de la Corte Suprema tuvo una conducta zigzagueante, que ha sido constante desde el año 2016, en contraste con épocas anteriores en que mantenía una mayor uniformidad de criterio.

En particular, en el inicio del 2020, la sala se manifestó repetidamente a favor de la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, fundándose en que la transitoriedad del artículo 2° transitorio del Código de Aguas no implica desconocer el derecho de quienes están actualmente utilizando las aguas y han sido precedidos en el uso por causahabientes desde un tiempo anterior al exigido por la señalada norma. Así, admitió el derecho a sumar la posesión del derecho de aguas de los predecesores en el dominio del inmueble.

Sin embargo, en abril, en *Meta (2020)* desconocen lo resuelto anteriormente, para pronunciarse en contra de la regularización, entendiendo que el uso exigido por el artículo 2° transitorio debe ser personalísimo. Luego, a partir de *Mulet (2020)*, la Tercera Sala opta nuevamente por acceder a la regularización, manteniendo. Todas las causas anteriores son idénticas.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Manifiestan uniformemente una postura a favor de la regularización de derechos de aguas, durante el año 2020, los ministros J. Muñoz, Vivanco y S. Muñoz.

En tanto, los ministros Sandoval, Prado y el abogado integrante Quintanilla, se mantienen invariables en su parecer de rechazar la regularización, bajo el argumento de que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas está contemplado para el uso que realice personalmente el solicitante de la regularización.

Por su parte, cambió de parecer durante el 2020 el ministro Llanos, cuestión que resultó determinante para el único zigzag del año en *Meta (2020)*, en donde rechazó la regularización invocando la necesidad de un uso personalísimo de las aguas, para posteriormente en *Comercial (2020)*, manifestarse a favor de la regularización, desconociendo lo resuelto pocos meses atrás.

Gráficos

Véase Gráficos 16.1 y 16.2, más adelante.

17. *Autorizaciones administrativas como requisito de servidumbres mineras*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2020, la Corte Suprema solo se pronunció en una oportunidad acerca de las autorizaciones administrativas como requisito de servidumbres mineras. Esto ocurrió en *Muñoz (2020)*, en que la Cuarta Sala señaló que no puede rechazarse la constitución de la servidumbre minera invocando la normativa administrativa del Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero de la Región de Antofagasta. Con ello, mantiene la tendencia que viene sosteniendo desde *Sociedad Legal Minera Juan Pablo II Primera de Antofagasta (2017)*, ya que desde entonces la Cuarta Sala ha fallado de manera uniforme, al exigir exclusivamente el cumplimiento de los requisitos contenidos en la legislación minera para la constitución de las servidumbres mineras. Ya no se observa el zigzag en que incurrió desde 2014 hasta octubre de 2017, en el caso *Sociedad Legal Minera Juan Pablo II Tercera de Antofagasta (2017)*.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Las ministras Chevesich y A. Muñoz mantienen de manera uniforme sus votos sostenidos en casos anteriores, desde 2014, optando por exigir solo requisitos de la legislación minera. A esta misma postura se ha unido la ministra Repetto en *Muñoz (2020)*.

El ministro Blanco, por su parte, permanece de manera uniforme en su postura (esta vez disidente) de exigir para la constitución de las servidumbres mineras el cumplimiento de la normativa especial contenida en diversos instrumentos de planificación territorial.

Gráficos

Véase Gráficos 17.1 y 17.2, más adelante.

18. *Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental*

Escenario jurisprudencial 2020

a) *Conducta de la sala.* Durante el año 2020, la Corte Suprema solo se pronunció en una oportunidad acerca del plazo para que un tercero absoluto pueda solicitar la invalidación ambiental. Tal situación ocurrió en *Stipicic (2020)*, en donde, en votación dividida, declaró que el plazo para solicitar la invalidación ambiental es de treinta días, sin importar la calidad que el reclamante haya poseído en el procedimiento de calificación ambiental. Ello marca un cambio de criterio respecto a la postura sostenida en *Comunidad (2019)*, manteniendo así el continuo zigzag sostenido durante el período anterior, desde 2015 a 2018.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Comparando la postura de los ministros con sus votos de años anteriores, podemos concluir que el ministro S. Muñoz se mantiene uniforme con su parecer de aplicar el plazo de dos años en dos casos de 2017: *Maturana* y *Corporación*.

Por su parte, la ministra Sandoval vuelve a optar ahora en *Stipicic (2020)*, como lo había hecho en casos de 2016, 2017 y 2018, por la aplicación del plazo de treinta días para que un tercero absoluto pueda solicitar la invalidación ambiental. Ello sin perjuicio de que en *Comunidad (2019)* de manera implícita optó por el plazo de dos años.

Gráficos

Véase Gráficos 18.1 y 18.2, más adelante.

19. *Afectación presunta de bienes privados al uso público*

Escenario jurisprudencial 2020

La Corte Suprema no conoció casos de afectación presunta de bienes privados al uso público durante el año 2020.

20. *Acceso a playas públicas*

Escenario jurisprudencial 2020

La Corte Suprema no conoció casos relativos al acceso a playas públicas durante el año 2020.

B. Gráficos

Gráfico 1.1. Comportamiento de la sala: Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo

AÑO	CASOS QUE APLICAN CORRECTAMENTE ART. 25 LBPA	CASOS QUE NO APLICAN CORRECTAMENTE REGLA ART. 25 LBPA
2020	TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE	●
	CALTEC SPA	●
	ANTOFAGASTA MINERALS	●
	SECURITY EVENT SPA	●
	ORTEGA	●
	ENEL	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 1.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo

AÑO	CASO	CASOS QUE APLICAN CORRECTAMENTE ART. 25 LBPA	CASOS QUE NO APLICAN CORRECTAMENTE REGLA ART. 25 LBPA
2020	TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE	[Sandoval][Aránguiz] [Vivanco][Repetto][Biel]	●
	CALTEC SPA	[Sandoval][Aránguiz] [Vivanco][S. Muñoz][Etcheberry]	●
	ANTOFAGASTA MINERALS	[Sandoval][Aránguiz] [Vivanco][S. Muñoz][Munita]	●
	SECURITY EVENT SPA	[Sandoval][Dahm] [Vivanco][S. Muñoz][Pierry]	●
	ORTEGA	[Sandoval][Ravanales][Vivanco][S. Muñoz][Pierry]	●
	ENEL	[Sandoval][Abuauad] [Vivanco][S. Muñoz][Pierry]	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 2.1. Comportamiento de la sala: Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración

AÑO	ARTÍCULO 27 LBPA NO ES FATAL		POSTURA PRO CUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACIÓN
	SOSTIENEN INEXISTENCIA DE PLAZOS FATALES	POSTURA DEL DECAIMIENTO	
2020	KDM S.A.	●	
	INDUSTRIAL TEXTIL	●	
	VELÁSQUEZ	●	
	CARRILLO	●	
	REYES	●	

© PDAE UC 2021

Gráfico 2.2. Conducta de los ministros: Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración

AÑO	CASO	ARTÍCULO 27 LBPA NO ES FATAL		POSTURA PRO CUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACIÓN
		SOSTIENEN INEXISTENCIA DE PLAZOS FATALES	POSTURA DEL DECAIMIENTO	
2020	KDM S.A.	[S. Muñoz][A. Muñoz][Vivanco][Repetto][Biel]	●	
	INDUSTRIAL TEXTIL	[S. Muñoz][Prado][Llanos] [Pallavicini][Pierry]	●	
	VELÁSQUEZ	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Quintanilla][Lagos]	●	
	CARRILLO	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Pallavicini][Pierry]	●	
	REYES	[Munita] [Sandoval][Vivanco][Pallavicini][Prado]	●	

© PDAE UC 2021

Gráfico 3.1. Comportamiento de la sala: Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación

AÑO	RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO	ACEPTA REUNIÓN MERAMENTE INFORMATIVA PREVIA	NO RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO
2020	DEL PINO	●	
	COEXCA S.A.	●	
	SEPÚLVEDA	●	
	LUNA	●	
	[voto] ● JB SOLUTIONS		
	COMUNIDAD INDÍGENA	●	
	SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL	●	

© PDAE UC 2021

Gráfico 3.2. Comportamiento de los ministros: Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación

AÑO	CASO	RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO	ACEPTA REUNIÓN MERAMENTE INFORMATIVA PREVIA	NO RECONOCE ESENCIALIDAD DE PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO
2020	DEL PINO	[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Aránguiz][Etcheberry]	●	
	COEXCA S.A.	[Sandoval][Vivanco][Llanos][Lagos] [Pallavicini]	●	
	SEPÚLVEDA	[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Zepeda][Pallavicini]	●	
	LUNA	[Sandoval][Vivanco][L. Muñoz][Lagos][Pierry]	●	
	JB SOLUTIONS	[Vivanco][S. Muñoz]	[Sandoval][Quintanilla][Munita]	
	COMUNIDAD INDÍGENA	[Llanos] [Vivanco][S. Muñoz][Mera][Etcheberry]	●	
	SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL	[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Quintanilla][Pierry]	●	

© PDAE UC 2021

Gráfico 4.1. Comportamiento de la sala: Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria

AÑO	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO PENAL
2020	HERRERA	●
	UNIVERSIDAD DE CHILE	●
	UNIVERSIDAD DE CHILE	[voto]
	CLÍNICA ALEMANA DE VALDIVIA	●
	CLÍNICA ALEMANA DE VALDIVIA	●
	RAMÍREZ	●
	LABORATORIO RECALCINE	●
	CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO	●
	PEÑA	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 4.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria

AÑO	CASO	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO PENAL
2020	HERRERA	[S. Muñoz] [Sandoval] [Vivanco] [Quintanilla] [Etcheberry]	●
	UNIVERSIDAD DE CHILE	[S. Muñoz] [Sandoval] [Vivanco] [Quintanilla] [Munita]	●
	UNIVERSIDAD DE CHILE	[S. Muñoz] [Sandoval] [Gómez] [Zepeda]	● [Pallavicini]
	CLÍNICA ALEMANA DE VALDIVIA	[S. Muñoz] [Sandoval] [Vivanco] [Quintanilla] [Munita]	●
	CLÍNICA ALEMANA DE VALDIVIA	[S. Muñoz] [Sandoval] [Vivanco] [Quintanilla] [Perry]	●
	RAMÍREZ	[S. Muñoz] [Sandoval] [Vivanco] [Quintanilla] [Lagos]	●
	LABORATORIO RECALCINE	[Dalm] [Sandoval] [Vivanco] [Quintanilla] [Pierry]	●
	CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO	[Kürsemüller] [Maggi] [Aránguiz] [Munita] [Gómez]	●
	PEÑA	[S. Muñoz] [J. Muñoz] [Vivanco] [Mera] [Gajardo]	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 5.1. Comportamiento de la sala: Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales

AÑO	RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2° LBPA	NO RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2° LBPA
2020	OYARZÚN	●
	JORQUERA	●
	DOTÉ	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 5.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales

AÑO	CASO	RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2° LBPA	NO RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2° LBPA
2020	OYARZÚN	[S. Muñoz][Sandoval][J. Muñoz][Lagos][Abuauad]	●
	JORQUERA	[S. Muñoz][Prado][Vivanco][Gómez][Barra]	●
	DOTÉ	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Lagos][Llanos]	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 6.1. Comportamiento de la sala: Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa

AÑO	LA ACCIÓN DE NULIDAD ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CC CUANDO TIENE UN COMPONENTE PATRIMONIAL	LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA ACCIÓN PATRIMONIAL PRESCRIBEN SEGÚN LAS REGLAS DEL CC	TANTO LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO SUS EFECTOS PATRIMONIALES SON IMPRESCRIPTIBLES
2020	MOYA ●		[voto]

©PDAE UC 2021

Gráfico 6.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa

AÑO	CASO	LA ACCIÓN DE NULIDAD ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CC CUANDO TIENE UN COMPONENTE PATRIMONIAL	LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA ACCIÓN PATRIMONIAL PRESCRIBEN SEGÚN LAS REGLAS DEL CC	TANTO LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO SUS EFECTOS PATRIMONIALES SON IMPRESCRIPTIBLES
2020	MOYA	[Sandoval] [Repetto] [Quintanilla] [Pierry] ●		[S. Muñoz]

©PDAE UC 2021

Gráfico 7.1 Comportamiento de la sala: Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos

AÑO	APLICAN ART. 25 LBPA	APLICAN ART. 66 CPC	APLICAN ART. 50 CC
2020	TVN	●	
	STAND OFF	●	
	CALTEC	●	
	ANTOFAGASTA MINERALS	●	
	ORTEGA	●	
	ENEL	●	

© PDAE UC 2021

Gráfico 7.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos

AÑO	CASO	APLICAN ART. 25 LBPA	APLICAN ART. 66 CPC	APLICAN ART. 50 CC
2020	TVN	[Sandoval] [Repetto] [Vivanco] [Biel] [Aránguiz]	●	
	STAND OFF	[Sandoval] [Etcheberry] [Vivanco] [S. Muñoz] [Quintanilla]	●	
	CALTEC	[Sandoval] [Etcheberry] [Vivanco] [S. Muñoz] [Aránguiz]	●	
	ANTOFAGASTA MINERALS	[Sandoval] [Munita] [Vivanco] [S. Muñoz] [Aránguiz]	●	
	ORTEGA	[Sandoval] [Ravanales] [Vivanco] [S. Muñoz] [Pierry]	●	
	ENEL	[Sandoval] [Abuauad] [Vivanco] [S. Muñoz] [Pierry]	●	

© PDAE UC 2021

Gráfico 8.1. Comportamiento de la sala: Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad

AÑO	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN NO SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD
2020	[voto]	● SILVA
	[voto]	● COLLIHUIN
	[voto]	● ALARCÓN
	[voto]	● VERGARA
	[voto]	● MEZA
	[voto]	● ARAYA
	[voto]	● ARNABOLDI
	[voto]	● PHARMAMEDICA
	[voto]	● GESTIÓN ECOLÓGICA

© PDAE UC 2021

Gráfico 8.2. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad

AÑO	CASO	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN NO SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD	LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE PRESCRIPCIÓN SON APLICABLES A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE RESPONSABILIDAD
2020	SILVA	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Silva] [Quintanilla] [Pallavicini]
	COLLIHUIN	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Vivanco] [Llanos] [Aránguiz]
	ALARCÓN	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Vivanco] [Aránguiz] [Pallavicini]
	VERGARA	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Vivanco] [Llanos] [Zepeda]
	MEZA	[S. Muñoz]	● [Zepeda] [Sandoval] [Vivanco] [Llanos] [Pallavicini]
	ARAYA	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Vivanco] [Llanos] [Barra]
	ARNABOLDI	[S. Muñoz]	● [Repetto] [Vivanco] [Llanos] [Quintanilla]
	PHARMAMEDICA	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Vivanco] [Llanos] [Quintanilla]
GESTIÓN ECOLÓGICA	[S. Muñoz]	● [Sandoval] [Pierry] [Llanos] [Quintanilla]	

© PDAE UC 2021

Gráfico 9.1. Comportamiento de sala: Prescripción de la acción indemnizatoria de crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado. [En cada caso se indica la sala que conoció el recurso]

AÑO	ACCIÓN PRESCRIPTIBLE SEGÚN NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL (ART. 2.332)	ACCIÓN IMPRESCRIPTIBLE POR APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES
2020	[voto]	● JARPA (2ª S.)
	[voto]	● MARDONES (2ª S.)
	[voto]	● SAN MARTÍN (2ª S.)
	[voto]	● PROGRAMA LEY 19.123 I (2ª S.)
	[voto]	● LEIVA (2ª S.)
	[voto]	● CEVALLOS (2ª S.)
	[voto]	● CONCHA (2ª S.)
	[voto]	● PROGRAMA LEY 19.123 II (2ª S.)
	[voto]	● PROGRAMA LEY 19.123 III (2ª S.)
	[voto]	● PROGRAMA LEY 19.123 IV (2ª S.)
	[voto]	● GUELET (2ª S.)

© PDAE UC 2021

Gráfico 9.2. Conducta de los ministros y abogados integrantes: Prescripción de la acción indemnizatoria contra crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado

AÑO	CASO	ACCIÓN PRESCRIPTIBLE SEGÚN NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL (ART. 2.332)	ACCIÓN IMPRESCRIPTIBLE POR APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES
2020	JARPA		● [Künsemüller] [Valderrama] [Cisternas] [Dahm] [A. Muñoz]
	MARDONES	[Lagos]	● [Künsemüller] [Valderrama] [Abuauad] [Brito]
	SAN MARTÍN		● [Künsemüller] [Valderrama] [Cisternas] [Dahm] [A. Muñoz]
	PROGRAMA LEY 19.123 I		● [Künsemüller] [Valderrama] [Cisternas] [Abuauad] [Brito]
	LEIVA		● [Künsemüller] [Valderrama] [Cisternas] [Dahm] [A. Muñoz]
	CEVALLOS	[Lagos]	● [Künsemüller] [Valderrama] [Cisternas] [Brito]
	CONCHA		● [Künsemüller] [Gajardo] [Munita] [Dahm] [Biel]
	PROGRAMA LEY 19.123 II		● [Künsemüller] [Valderrama] [J. Muñoz] [Etcheberry] [Brito]
	PROGRAMA LEY 19.123 III		● [Künsemüller] [Valderrama] [Llanos] [Dahm] [Brito]
	PROGRAMA LEY 19.123 IV		● [Künsemüller] [Valderrama] [Llanos] [Dahm] [Brito]
GUELET		● [Künsemüller] [Valderrama] [Gajardo] [Dahm] [Brito]	

© PDAE UC 2021

Gráfico 10.1. Comportamiento de la sala: Legitimación activa para ejercer la acción de protección

AÑO	EL RECURSO DE PROTECCIÓN NO CONSTITUYE UNA ACCIÓN POPULAR	
	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MÁS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MENOS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO
2020	REY	●
	PARTIDO RADICAL	●
	MUÑOZ I	● [voto]
	VIDAL	●
	VALENZUELA	●
	PÉREZ	●
	SCAFF I	●
	SCAFF II	●
	LOBOS	●
	MUNICIPALIDAD DE CALDERA	●
	ASOCIACIÓN I	●
	FEDERACIÓN	●
	ALMONACID	●
	GONZÁLEZ	●
	SCAFF III	●
	BARUDY	●
	CONFEDERACIÓN I	●
	MUNICIPALIDAD PADRE LAS CASAS	●
	UNIVERSIDAD	●
	CRISTI I	●
	CONFEDERACIÓN DEMOCRÁTICA I	●
	PEZO	●
	CABALLERO	●
	MUNICIPALIDAD DE CERRO NAVIA	●
	MUÑOZ II	●
	REBOLLEDO	●
	MUNICIPALIDAD DE LUMACO	●
	SINDICATO	●
	CRISTI II	●
	ORTEGA	●
	ASOCIACIÓN DE FUNCIONARIOS	●
	CORPORACIÓN	●
	FEDERACIÓN METROPOLITANA	●
	CERDA	●
	CONFEDERACIÓN DEMOCRÁTICA II	●
	ASOCIACIÓN II	●
	HIRSCH	●
	SINDICATO	●
	MUÑOZ III	●
	INDH	●
	BARRÍA	●
	GARCÍA DE LA PASTORA	●
	ACEVEDO I	●
	JUNTA DE VECINOS	●
	PEÑA	●
	ASOCIACIÓN III	● [voto]
	MUNICIPALIDAD DE LOS ÁLAMOS	●
SINDICATO	●	
ASOCIACIÓN DE ADMINISTRATIVOS	●	
ACEVEDO II	●	
CASTILLO	●	
FRIES	●	
CONFEDERACIÓN II	●	
MOYA	●	
ASOCIACIÓN GREMIAL	●	
DELGADO	●	
ASOCIACIÓN DE ENFERMERAS	●	
TRONCOSO	●	
CARREÑO	●	
FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES	●	
NEIRA	● [voto]	

© PDAE UC 2021

Gráfico 10.2. Conducta de los ministros y abogados integrantes: Legitimación activa para ejercer la acción de protección

AÑO	CASO	EL RECURSO DE PROTECCIÓN NO CONSTITUYE UNA ACCIÓN POPULAR	
		EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MÁS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MENOS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO
2020	REY	[S. Muñoz][Vivanco][Llanos][Mera][Barra]	●
	PARTIDO RADICAL	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●
	MUÑOZ I	[Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	→ [S. Muñoz]
	VIDAL	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●
	VALENZUELA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●
	PÉREZ	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●
	SCAFF I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Etcheberry]	●
	SCAFF II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Etcheberry]	●
	LOBOS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Etcheberry]	●
	MUNICIPALIDAD DE CALDERA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Aránguiz][Pallavicini]	●
	ASOCIACIÓN I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●
	FEDERACIÓN	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●
	ALMONACID	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●
	GONZÁLEZ	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●
	SCAFF III	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●
	BARUDY	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	CONFEDERACIÓN I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	MUNICIPALIDAD PADRE LAS CASAS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	UNIVERSIDAD	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	CRISTI I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	CONFEDERACIÓN DEMOCRÁTICA I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	PEZO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	CABALLERO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	MUNICIPALIDAD DE CERRO NAVIA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Munita]	●
	MUÑOZ II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●
	REBOLLEDO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	MUNICIPALIDAD DE LUMACO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	SINDICATO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	CRISTI II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	ORTEGA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	ASOCIACIÓN DE FUNCIONARIOS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	CORPORACIÓN	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	FEDERACIÓN METROPOLITANA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Lagos]	●
	CERDA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Lagos]	●
	CONFEDERACIÓN DEMOCRÁTICA II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Lagos]	●
	ASOCIACIÓN II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Lagos]	●
	HIRSCH	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Lagos]	●
	SINDICATO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Gómez][Abuauad]	●
	MUÑOZ III	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pallavicini]	●
	INDH	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pallavicini]	●
	BARRÍA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pierry]	●
	GARCÍA DE LA PASTORA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pierry]	●
ACEVEDO I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●	
JUNTA DE VECINOS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●	
PEÑA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●	
ASOCIACIÓN III	[Vivanco][Sandoval][Pierry][Dahm]	→ [S. Muñoz]	
MUNICIPALIDAD DE LOS ÁLAMOS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Lagos]	●	
SINDICATO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●	
ASOCIACIÓN DE ADMINISTRATIVOS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●	
ACEVEDO II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Zepeda]	●	
CASTILLO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●	
FRIES	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pierry]	●	
CONFEDERACIÓN II	[Repetto] [Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●	
MOYA	[Repetto] [Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●	
ASOCIACIÓN GREMIAL	[Repetto] [Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pallavicini]	●	
DELGADO	[J. Muñoz] [Vivanco][Sandoval][Lagos][Pierry]	●	
ASOCIACIÓN DE ENFERMERAS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Llanos][Zepeda]	●	
TRONCOSO	[Pierry] [Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Dahm]	●	
CARREÑO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Ravanales]	●	
FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Ravanales]	●	
NEIRA	[Vivanco][Sandoval][Pierry][Llanos]	→ [S. Muñoz]	

Gráfico 12.1. Comportamiento de la sala: Régimen de los funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

AÑO	CASOS QUE NO APLICAN EL CÓDIGO DEL TRABAJO	CASOS QUE DISTINGUEN LA NATURALEZA DEL VÍNCULO, APLICANDO EL CT Y EL EA, SEGÚN CORRESPONDA	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL
2020	MALDONADO	● [voto]	
	TABILO	● [voto]	
	VALDEBENITO	● [voto]	
	CARRASCO	● [voto]	
	TAPIA	●	
	ARAVENA	●	
		●	AYANCÁN
	PALOMERA	● [voto]	
	ÁLVAREZ	●	
	PÉREZ	● [voto]	
	GUISTINI	● [voto]	
	NAGUIL	● [voto]	
	CARRASCO	● [voto]	
		●	POBLETE
	JEREZ	● [voto]	
	VALDÉS	●	
	PINTO	●	
	CERDA	●	
		●	ALDANA
		●	VARGAS
	CORRIAL	●	
	CARRILLO	●	
	ÚTRERAS	●	
	ESPINOZA	●	
	CONTARDO	●	
	ORELLANA	● [voto]	
FUENTES	● [voto]		
LEPE	● [voto]		

© PDAE UC 2021

Gráfico 12.2. Conducta de ministros y abogados integrantes: Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

AÑO	CASO	CASOS QUE APLICAN EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO	CASOS QUE DISTINGUEN LA NATURALEZA DEL VÍNCULO, APLICANDO EL CT Y EL EA, SEGÚN CORRESPONDA	CASOS QUE APLICAN EL CÓDIGO CIVIL
2020	MALDONADO	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto]	●	[Chevesich]
	TABILO	[Blanco][Munita][Pallavicini][Repetto]	●	[Chevesich]
	VALDEBENITO	[Blanco][Munita][Pallavicini][Repetto]	●	[Chevesich]
	CARRASCO	[Blanco][A. Muñoz][De la Maza][Repetto]	●	[Chevesich]
	TAPIA	[Blanco][Lagos][M. Silva][Repetto][Quintanilla]	●	
	ARAVENA	[Blanco][Lagos][M. Silva][Repetto][Pallavicini]	●	
	AYANCÁN		● [Blanco][Lagos][M. Silva][Repetto][Pallavicini]	
	PALOMERA	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto]	●	[Chevesich]
	ÁLVAREZ	[Blanco][A. Muñoz][Etcheberry][Repetto][Barra]	●	
	PÉREZ	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto]	●	[Chevesich]
	GUISTINI	[Blanco][Munita][M. Silva][Barra]	●	[Chevesich]
	NAGUIL	[Blanco][De la Maza][M. Silva][Barra]	●	[Chevesich]
	CARRASCO	[Blanco][Zepeda][M. Silva]	●	[A. Muñoz][Etcheberry]
	POBLETE		● [Zepeda][Blanco][M. Silva][A. Muñoz][De la Maza]	
	JEREZ	[Aránguiz][A. Muñoz][Vivanco][Barra]	●	[S. Muñoz]
	VALDÉS	[Blanco][Llanos][M. Silva][Brito][J. Muñoz]	●	
	PINTO	[Blanco][Etcheberry][M. Silva][Barra][J. Muñoz]	●	
	CERDA	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto][Etcheberry]	●	
	ALDANA		● [Barra][Blanco][M. Silva][A. Muñoz][Brito]	
	VARGAS		● [De la Maza][Blanco][M. Silva][A. Muñoz][Repetto]	
	CORRIAL	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto][Etcheberry]	●	
	CARRILLO	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto][Etcheberry]	●	
	ÚTRERAS	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][De la Maza][Etcheberry]	●	
	ESPINOZA	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto][Etcheberry]	●	
	CONTARDO	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto][Barra]	●	
	ORELLANA	[Blanco][De la Maza][M. Silva][Repetto]	●	[Chevesich]
FUENTES	[Blanco][De la Maza][M. Silva][Repetto]	●	[Chevesich]	
LEPE	[Blanco][A. Muñoz][M. Silva][Repetto]	●	[Chevesich]	

© PDAE UC 2021

Gráfico 13.1. Comportamiento de la sala: Término anticipado de empleo a contrata

AÑO	ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA	NO ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA
2020	[voto]	● GUTIÉRREZ
	GARRIDO	● [voto]
	[voto]	● VILLALOBOS
	[voto]	● ARAVENA
	[voto]	● MIRANDA
	[voto]	● MUNDACA
	[voto]	● DÍAZ
	[voto]	● BRAVO
		● BAUTISTA
		● INZUNZA
	[voto]	● AEDO
	[voto]	● LOBOS
	ORMEÑO	● [voto]
	[voto]	● ARÁNGUIZ
	[voto]	● LÜTTECKE
	[voto]	● RAMÍREZ
	[voto]	● MATELUNA
	[voto]	● MERCADO
	[voto]	● SALGADO
	[voto]	● NAVARRETE
	[voto]	● FRANJOLA
	SOTO	● [voto]
		● VALDENEGRO
	[voto]	● WILLIAMS
		● CÁCERES
	[voto]	● MIRANDA
		● RUIZ
	[voto]	● TOLEDO
	[voto]	● CONCHA
		● MENA
		● ZUMELZU
	[voto]	● SUAZO
	[voto]	● MEDEL
	[voto]	● GALLEGUILLOS
	[voto]	● BUSTOS
	[voto]	● MALLEA
	[voto]	● GARCÍA
	[voto]	● ARAYA
	[voto]	● SANTOS
	SMIRNOV	● [voto]
	[voto]	● QUEZADA
	[voto]	● VARGAS
	CARUNCHO	● [voto]
	INOSTROZA	● [voto]
	[voto]	● PERALTA
	[voto]	● KLINOWSKI
	[voto]	● CHIRKOVA
		● CASTAÑEDA

© PDAE UC 2021

Gráfico 13.2. Comportamiento de los ministros: Término anticipado de empleo a contrata

AÑO	CASO	ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA	NO ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA
2020	GUTIÉRREZ	[Aránguiz][Barra]	[Sandoval][Lagos][Prado]
	GARRIDO	[Sandoval][Lagos][Prado]	[Aránguiz][Barra]
	VILLALOBOS	[Pierry]	[Quintanilla][Sandoval][Aránguiz][S. Muñoz]
	ARAVENA	[Sandoval][Pallavicini]	[Quintanilla][Prado][S. Muñoz]
	MIRANDA	[Pallavicini]	[Quintanilla][Sandoval][Prado][S. Muñoz]
	MUNDACA	[Sandoval]	[Gómez][Lagos][Vivanco][S. Muñoz]
	DÍAZ	[Pallavicini]	[Quintanilla][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	BRAVO	[Pallavicini]	[Quintanilla][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	BAUTISTA		[Barra][Munita][Biel][Vivanco][S. Muñoz]
	INSUNZA		[Barra][Munita][Biel][Vivanco][S. Muñoz]
	AEDO	[Sandoval]	[Gómez][Lagos][Vivanco][S. Muñoz]
	LOBOS	[Sandoval][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	ORMEÑO	[Pallavicini][Pierry][Vivanco]	[Aránguiz][S. Muñoz]
	ARÁNGUIZ	[Pierry]	[Quintanilla][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	LÜTTECKE	[Pierry]	[Quintanilla][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	RAMÍREZ	[Pierry]	[Quintanilla][J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	MATELUNA	[Sandoval][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	MERCADO	[Sandoval][Pallavicini]	[J. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]
	SALGADO	[Pallavicini]	[Quintanilla][Sandoval][Prado][S. Muñoz]
	NAVARRETE	[Pallavicini]	[Llanos][Sandoval][Vivanco][S. Muñoz]
	FRANJOLA	[Pallavicini]	[Aránguiz][Sandoval][Vivanco][S. Muñoz]
	SOTO	[Sandoval][Pallavicini][Vivanco]	[Llanos][S. Muñoz]
	VALDENEGRO		[Barra][Quintanilla][Zepeda][Llanos][S. Muñoz]
	WILLIAMS	[Quintanilla][Vivanco]	[Repetto][Llanos][S. Muñoz]
	CÁCERES		[Barra][Quintanilla][Zepeda][Llanos][S. Muñoz]
	MIRANDA	[Pallavicini][Quintanilla]	[Zepeda][Llanos][Aránguiz]
	RUIZ		[Barra][Quintanilla][Zepeda][Llanos][S. Muñoz]
	TOLEDO	[Sandoval][Pierry]	[Llanos][Vivanco][S. Muñoz]
	CONCHA	[Sandoval][Pallavicini]	[Llanos][Vivanco][S. Muñoz]
	MENA		[Quintanilla][Repetto][Llanos][Vivanco][S. Muñoz]
	ZUMELZU		[Etcheberry][Sandoval][Llanos][Vivanco][S. Muñoz]
	SUAZO	[Pallavicini]	[Sandoval][Llanos][Vivanco][Lagos]
	MEDEL	[Sandoval]	[Aránguiz][Llanos][Vivanco][S. Muñoz]
	GALLEGUILLOS	[Pallavicini][Pierry]	[Llanos][Vivanco][S. Muñoz]
BUSTOS	[Pierry]	[Gómez][Zepeda][Llanos][S. Muñoz]	
MALLEA	[Sandoval][Pallavicini]	[Etcheberry][Zepeda][S. Muñoz]	
GARCÍA	[Pallavicini]	[Quintanilla][Sandoval][Vivanco][S. Muñoz]	
ARAYA	[Sandoval][Pallavicini]	[Gómez][Zepeda][S. Muñoz]	
SANTOS	[Pallavicini]	[Pierry][Sandoval][Vivanco][S. Muñoz]	
SMIRNOV	[Sandoval][Vivanco][Lagos][Etcheberry]	[S. Muñoz]	
QUEZADA	[Sandoval][Pallavicini]	[Llanos][Vivanco][S. Muñoz]	
VARGAS	[Sandoval][Pallavicini]	[Pierry][Vivanco][S. Muñoz]	
CARUNCHO	[Sandoval][Pallavicini][Vivanco]	[Repetto][Quintanilla]	
INOSTROZA	[Sandoval][Ravanales][Vivanco][Quintanilla]	[S. Muñoz]	
PERALTA	[Sandoval]	[Quintanilla][Biel][Vivanco][S. Muñoz]	
KLINOWSKI	[Sandoval]	[Pierry][Abuauad][Vivanco][S. Muñoz]	
CHIRKOVA	[Sandoval]	[Pierry][Abuauad][Vivanco][S. Muñoz]	
CASTAÑEDA		[Abuauad][Quintanilla][Biel][Vivanco][Sandoval]	

© PDAE UC 2021

Gráfico 14.1. Comportamiento de la sala: Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata

AÑO	RECONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS	DESCONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS
2020	GÁLVEZ	●
	CASTILLO	● [voto]
	GÓMEZ	● [voto]
	MÜLLER	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 14.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	RECONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS	DESCONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS
2020	GÁLVEZ	[Lagos] [Vivanco][Sandoval][Llanos][Pallavicini]	●
	CASTILLO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry]	● [Pallavicini]
	GÓMEZ	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry]	● [Pallavicini]
	MÜLLER	[S. Muñoz][Zepeda][Barra][Quintanilla][Llanos]	●

© PDAE UC 2021

Gráfico 15.1. Comportamiento de la sala: Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	ACEPTA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA		RECHAZA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA	
		VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD	ASPECTOS DE FONDO	ASPECTOS DE FORMA
2020	CONCHA I		[voto]	●	
	GUTIÉRREZ I	●		●	
	GARRIDO I	[voto]		●	
	VILLALOBOS	●	●		[voto]
	MORALES	[voto]		●	
	VERA	●			[voto]
	VIVANCO	[voto]		●	
	HERRERA			●	
	ARAVENA	●			[voto]
	MIRANDA	●		●	
	AEDO	●			[voto]
	BAUTISTA	●			
	BRAVO I	●	●		[voto]
	DÍAZ I	●			[voto]
	INZUNZA	●			
	MORA	●			
	MUNDACA	●			[voto]
	DÍAZ II	[voto]		●	
	LOBOS	●			[voto]
	ORMEÑO	[voto]		●	
	LOVERA	[voto]		●	
	ARANGUIZ	●			[voto]
	LÜTTECKE	●			[voto]
	MASCAYANO	[voto]		●	
	RAMÍREZ	●			[voto]
	CHALES DE BEAULIEU	●	●		[voto]
	COMENE	[voto]		●	
	LEAL	●			
	ULLOA	●		●	[voto]
	VALENZUELA	●			
	SALGADO	●		●	[voto]
	ROA	●			
	CARMONA I	●			[voto]
	NAVARRETE	●			[voto]
	FRANJOLA	●		●	[voto]
	SOTO			●	
	CORTÉS	●		●	
	DÍAZ III	[voto]	[voto]		●
	HENRÍQUEZ	[voto]	[voto]		●
	LAGOS I	[voto]	[voto]		●
	LARA	●			[voto]
	MANCILLA	●			[voto]
	RUIZ I	●			
	SEGUEL	●			[voto]
	TOLEDO	●			[voto]
	WILLIAMS	●		●	[voto]
	MELLA	[voto]			●
	ORTEGA	●		●	
	ROJAS	[voto]	[voto]		●
	CONCHA II	●			[voto]
	OPAZO	●			[voto]
	ARGUELLO	●			[voto]
	FUENTES	[voto]			●
	ACUÑA	●		●	
	MENA I	●			
	LOAYZA	[voto]	[voto]		●
	ZUMELZU	●			
	SUAZO	●		●	[voto]
	DEL VALLE	[voto]	[voto]		●
	RÍOS	●		●	[voto]
	LÓPEZ	●		●	
	MEDEL	●			[voto]
	ASTUDILLO	●		●	[voto]
	GARCÍA I	[voto]	[voto]		●
	MENA II	●		●	
	GALLEGUILLOS	●		●	[voto]
	STULL	●		●	[voto]
	TIFFOU	●			[voto]
	FIGUEROA	●			[voto]
	GARCÍA II	[voto]	[voto]		●
	CEA	●			[voto]
	LORCA	[voto]	[voto]		●
	MALLEA	●		●	[voto]
	GALLEGOS	●		●	
	GARCÍA III	●		●	[voto]
	GUTIÉRREZ II	[voto]	[voto]		●
	IBARRA	[voto]	[voto]		●
	SAZO	[voto]	[voto]		●
	IBACACHE	●		●	[voto]
	BARAHONA	[voto]	[voto]		●
	BLANCO	[voto]	[voto]		●
	MORENO	●		●	
	CARMONA II	●			
	BAEZA	●			
	GONZÁLEZ I	[voto]	[voto]		●
	LAGOS II	●		●	
	MEDINA	[voto]	[voto]		●
	MOMBERG		[voto]		●
	CÁRDENAS	[voto]	[voto]		●
	LLAGOSTERA	[voto]	[voto]		●
	GARRIDO II	●		●	
	QUEZADA I	●			●
	ARAYA	●			[voto]
	GONZÁLEZ II	●			
	NAHUELPAÑ	●		●	[voto]
	ACEVEDO	●		●	[voto]
	MUÑOZ I	●			[voto]
	PÉREZ			●	
	SANTOS	●			[voto]
	CAMPAÑA			●	[voto]
CASTILLO	●			[voto]	
GÓMEZ	●			[voto]	
NAVEA	●		●	[voto]	
LEGUÁ	●			[voto]	
QUEZADA II	●			[voto]	
VARGAS	●		●	[voto]	
BUNSTER	●		●		
CAMPOS	●		●	[voto]	
BRAVO II			●	[voto]	
INOSTROZA	[voto]	[voto]		●	
RUIZ II	●		●	[voto]	
PERALTA	●			[voto]	
AREVALO	●		●		
CHIRKOVA	●				
MARTÍNEZ	●		●	[voto]	
MUÑOZ II	●		●	[voto]	

Gráfico 15.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	ACEPTA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA		RECHAZA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA	
		VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD	ASPECTOS DE FONDO	ASPECTOS DE FORMA
2020	CONCHA I	[Aránguiz][Barra]		[Dalm][Munita][Sandoval]	
	GUTIÉRREZ I	[Aránguiz][Barra][Lagos][Sandoval][Prado]		[Lagos][Prado][Sandoval]	
	GARRIDO I	[Aránguiz][Barra]		[Lagos][Prado][Sandoval]	
	VILLALOBOS	[S. Muñoz][Aránguiz][Sandoval][Quintanilla]	[S. Muñoz][Aránguiz][Sandoval][Quintanilla]	[Pierry]	
	MORALES	[Aránguiz][Barra]		[Dalm][Munita][Sandoval]	
	VERA	[S. Muñoz][Mera][Barra][Echeberry]		[Sandoval]	
	VIVANCO	[S. Muñoz]		[Barra][Echeberry][Mera][Sandoval]	
	HERRERA			[Echeberry][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][S. Muñoz]	
	ARAVENA	[S. Muñoz][Prado][Quintanilla]		[Pallavicini][Sandoval]	
	MIRANDA	[S. Muñoz][Prado][Quintanilla][Sandoval]		[Prado][Pallavicini][Sandoval][Quintanilla]	
	AEDO	[S. Muñoz][Vivanco][Gómez][Lagos]		[Sandoval]	
	BAUTISTA	[S. Muñoz][Vivanco][Barra][Munita][Biel]		[Sandoval]	
	BRAVO I	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]	[Pallavicini]	
	DÍAZ I	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]	[S. Muñoz]	[Pallavicini]	
	INZUNZA	[S. Muñoz][Vivanco][Barra][Munita][Biel]		[Sandoval]	
	MORA	[S. Muñoz][Vivanco][Lagos][Gómez][Sandoval]		[Sandoval]	
	MUNDACA	[S. Muñoz][Vivanco][Lagos][Gómez]		[Sandoval]	
	DÍAZ II	[S. Muñoz]		[Munita][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]	
	LOBOS	[S. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]		[Pallavicini][Sandoval]	
	ORMENO	[S. Muñoz][Aránguiz]		[Pierry][Vivanco][Pallavicini]	
	LOVERA	[S. Muñoz][Aránguiz]		[Pallavicini][Vivanco][Sandoval]	
	ARÁNGUIZ	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla][S. Muñoz]		[Pierry]	
	LÜTTEKE	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla][S. Muñoz]		[Pierry]	
	MASCAYANO	[S. Muñoz]		[S. Muñoz][Vivanco][Pierry][Quintanilla]	
	RAMÍREZ	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla][S. Muñoz]		[Pierry]	
	CHALES DE BEAULIEU	[S. Muñoz][Vivanco][S. Muñoz]		[Quintanilla][Pierry]	
	COMENE	[S. Muñoz][Quintanilla]		[Prado][Pallavicini][Sandoval]	
	LEAL	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz][Quintanilla][Sandoval]		[Quintanilla][Sandoval]	
	ULLOA	[S. Muñoz][Aránguiz][Vivanco][Quintanilla][Sandoval]	[S. Muñoz][Vivanco][Aránguiz]	[Quintanilla][Sandoval]	
	VALENZUELA	[S. Muñoz][Aránguiz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]		[Sandoval]	
	SALGADO	[S. Muñoz][Prado][Quintanilla][Sandoval]	[S. Muñoz][Prado][Quintanilla]	[Pallavicini]	
	ROA	[Aránguiz][Llanos][Quintanilla][Zepeda][Echeberry]		[Sandoval]	
	CARMONA I	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]		[Pallavicini][Sandoval]	
	NAVARRETE	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Sandoval]		[Pallavicini]	
	FRANIOLA	[S. Muñoz][Aránguiz][Vivanco]		[Pallavicini][Sandoval]	
	SOTO	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[Dalm][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pierry]	
	CORTÉS	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[Sandoval]	
	DÍAZ III	[Llanos]		[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry]	
	HENRÍQUEZ	[S. Muñoz][Llanos]		[Pierry][Vivanco][Sandoval]	
	LAGOS I	[S. Muñoz]		[Munita][Vivanco][Sandoval][Lagos]	
	LARA	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]		[Pierry][Sandoval]	
	MANCILLA	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]		[Pierry][Sandoval]	
	RUIZ I	[S. Muñoz][Llanos][Barra][Zepeda][Quintanilla]		[Sandoval]	
	SEGUEL	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]		[Pierry][Sandoval]	
	TOLEDO	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]		[Pierry][Sandoval]	
	WILLIAMS	[S. Muñoz][Llanos][Repetto]		[Vivanco][Quintanilla]	
	MELLA	[S. Muñoz]		[Vivanco][Sandoval][Aránguiz][S. Muñoz]	
	ORTEGA	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[Sandoval]	
	ROJAS	[S. Muñoz]		[Vivanco][Pierry][Sandoval][Quintanilla]	
	CONCHA II	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]		[Pallavicini][Sandoval]	
ÓPAZO	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Sandoval]		[Pallavicini]		
ARGUELLO	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]	[Pallavicini][Sandoval]		
FUENTES	[S. Muñoz][Llanos]		[Echeberry][Vivanco][Sandoval]		
ACUÑA	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]	[Sandoval]		
MENA I	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Repetto][Quintanilla]		[Vivanco][Pallavicini][Sandoval][Pierry]		
LOAYZA	[S. Muñoz]		[Sandoval]		
ZUMELZU	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Sandoval][Echeberry]		[Sandoval]		
SUAZO	[Llanos][Lagos][Vivanco][Sandoval]	[Llanos][Vivanco][Sandoval][Lagos]	[Pallavicini]		
DEL VALLE	[S. Muñoz][Llanos]		[Vivanco][Pallavicini][Sandoval]		
RIOS	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]	[Pallavicini][Sandoval]		
LÓPEZ	[S. Muñoz][Gómez][Pierry][Quintanilla][Sandoval]	[S. Muñoz][Gómez][Pierry][Quintanilla][Sandoval]	[Sandoval]		
MEDEL	[S. Muñoz][Aránguiz][Vivanco][Llanos]		[Sandoval]		
ASTUDILLO	[S. Muñoz][Llanos][Barra][Zepeda][Quintanilla]	[S. Muñoz][Llanos][Barra][Zepeda][Quintanilla]	[Sandoval]		
GARCÍA I	[S. Muñoz][Llanos]	[S. Muñoz][Llanos]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval]		
MENA II	[S. Muñoz][Llanos][Barra][Zepeda][Quintanilla]	[S. Muñoz][Llanos][Barra][Zepeda][Quintanilla]	[Sandoval]		
GALLEGUILLOS	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco]	[Pallavicini][Pierry]		
STULL	[S. Muñoz][Zepeda][Vivanco][Echeberry]	[S. Muñoz][Zepeda][Vivanco][Echeberry]	[Sandoval]		
TIFFOU	[S. Muñoz][Gómez][Zepeda][Pallavicini]		[Sandoval]		
FIGUEROA	[S. Muñoz][Llanos][Vivanco][Lagos]		[Sandoval]		
GARCÍA II	[S. Muñoz][Zepeda]	[S. Muñoz][Zepeda]	[Echeberry][Vivanco][Sandoval]		
CEA	[S. Muñoz][Vivanco][Llanos][Sandoval]		[Pallavicini]		
LORCA	[S. Muñoz][Llanos]	[S. Muñoz][Llanos]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval]		
MALLEA	[S. Muñoz][Echeberry][Zepeda]	[S. Muñoz][Echeberry]	[Pallavicini][Sandoval]		
GALLEGOS	[S. Muñoz][Vivanco][Munita][Sandoval][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Munita][Sandoval][Quintanilla]	[Pallavicini]		
GARCÍA III	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]	[Pallavicini]		
GUTIÉRREZ II	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Pallavicini][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]		
IBARRA	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Pallavicini][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]		
SÁZO	[S. Muñoz][Vivanco]	[S. Muñoz][Vivanco]	[Pallavicini][Quintanilla][Sandoval]		
IBACACHE	[S. Muñoz][Vivanco][Llanos][Echeberry]	[S. Muñoz][Vivanco][Llanos][Echeberry]	[Sandoval]		
BARAHONA	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Lagos][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]		
BLANCO	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Lagos][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]		
MORENO	[S. Muñoz][Vivanco][Zepeda][Echeberry]	[S. Muñoz][Vivanco][Zepeda][Echeberry]	[Sandoval]		
CARMONA II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pierry]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla][Pierry]	[Sandoval]		
BAEZA	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Echeberry]		[Sandoval]		
GONZÁLEZ I	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Pierry][Vivanco][Sandoval][Echeberry]		
LAGOS II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Echeberry][Pierry]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Echeberry][Pierry]	[Sandoval]		
MEDINA	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Pierry][Vivanco][Sandoval][Echeberry]		
MOMBERG	[S. Muñoz][Vivanco]	[S. Muñoz][Vivanco]	[Pierry][Echeberry][Sandoval]		
CÁRDENAS	[S. Muñoz][Zepeda]	[S. Muñoz][Zepeda]	[Gómez][Pallavicini][Sandoval]		
LLAGOSTERA	[S. Muñoz][Vivanco]	[S. Muñoz][Vivanco]	[Pierry][Echeberry][Sandoval]		
GARRIDO II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Abusaud][Gómez]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Abusaud][Gómez]	[Sandoval]		
QUEZADA I	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Echeberry][Pierry]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Echeberry][Pierry]	[Sandoval]		
ARAYA	[S. Muñoz][Zepeda][Gómez]		[Pallavicini][Sandoval]		
GONZÁLEZ II	[Llanos][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pallavicini]	[S. Muñoz][Vivanco]	[Sandoval]		
NAHUELPAÑ	[Llanos][Quintanilla]	[Llanos][Quintanilla]	[Pallavicini][Quintanilla]		
ACEVEDO	[S. Muñoz][Vivanco][Zepeda]	[S. Muñoz][Vivanco][Zepeda]	[Pallavicini][Quintanilla]		
MUÑOZ I	[S. Muñoz][Vivanco][Gómez]		[Abusaud][Sandoval]		
PÉREZ	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Pierry]		[Lagos][Pierry]		
SANTOS	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry]		[Pallavicini]		
CAMPAÑA	[Munita][Vivanco][Zepeda]		[Pierry][Sandoval]		
CASTILLO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry]		[Pallavicini]		
GÓMEZ	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry]		[Pallavicini]		
NAVEA	[S. Muñoz][Vivanco][Munita][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Munita][Quintanilla]	[Sandoval]		
LEGUÁ	[S. Muñoz][Vivanco][Llanos]		[Pallavicini][Sandoval]		
QUEZADA II	[S. Muñoz][Vivanco][Llanos]		[Pallavicini][Sandoval]		
VARGAS	[S. Muñoz][Vivanco][Pierry]	[S. Muñoz][Vivanco][Pierry]	[Pallavicini][Sandoval]		
BUNSTER	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Munita]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Lagos][Munita]	[Sandoval]		
CAMPOS	[S. Muñoz][Vivanco][Munita]	[S. Muñoz][Vivanco][Munita]	[Lagos][Sandoval]		
BRAVO II	[S. Muñoz][Vivanco][Pierry][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Pierry][Quintanilla]	[Sandoval]		
INOSTROZA	[S. Muñoz]	[S. Muñoz]	[Ravanales][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]		
RUIZ II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Quintanilla]	[Ravanales]		
PERALTA	[S. Muñoz][Vivanco][Biel][Quintanilla]		[Sandoval]		
ARÉVALO	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Abusaud]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval][Pierry][Abusaud]	[Sandoval]		
CHIRKOVA	[S. Muñoz][Vivanco][Pierry][Abusaud]		[Sandoval]		
MARTÍNEZ	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]	[Pallavicini][Sandoval]		
MUÑOZ II	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval]	[S. Muñoz][Vivanco][Sandoval]	[Pallavicini][Pierry]		

Gráfico 16.1. Comportamiento de la sala: Regularización de derechos de aguas

AÑO	ACEPTANDO	RECHAZANDO	
2020	FLORES I	[voto]	
	FLORES II	[voto]	
	FLORES III	[voto]	
	HUANCA I	[voto]	
	HUANCA II	[voto]	
	AGRÍCOLA	[voto]	
	PARRAO	[voto]	
		[voto]	META
	MULET	[voto]	
	COMERCIAL	[voto]	
	GONZÁLEZ	[voto]	

© PDAE UC 2021

Gráfico 16.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Regularización de derechos de aguas

AÑO	CASO	MINISTROS ACEPTANDO REGULARIZACIÓN	MINISTROS RECHAZANDO REGULARIZACIÓN
2020	FLORES I	[Vivanco][S. Muñoz][J. Muñoz]	[Pierry] [Quintanilla]
	FLORES II	[Vivanco][S. Muñoz][J. Muñoz]	[Pierry] [Quintanilla]
	FLORES III	[Vivanco][S. Muñoz][J. Muñoz][Dahm]	[Prado]
	HUANCA I	[Vivanco][S. Muñoz][J. Muñoz][Dahm]	[Prado]
	HUANCA II	[Vivanco][S. Muñoz][J. Muñoz][Dahm]	[Prado]
	AGRÍCOLA	[Vivanco][S. Muñoz][Biel][Munita]	[Barra]
	PARRAO	[Vivanco][S. Muñoz][Biel][Pierry][Pallavicini]	
	META	[Vivanco][S. Muñoz]	[Sandoval][Aránguiz][Llanos]
	MULET	[Vivanco][S. Muñoz][Pallavicini]	[Sandoval][Lagos]
	COMERCIAL	[Vivanco][S. Muñoz][Llanos][Mera][Etcheberry]	
	GONZÁLEZ	[Vivanco][S. Muñoz][Abuauad]	[Sandoval] [Quintanilla]

© PDAE UC 2021

Gráfico 17.1. Comportamiento de la sala: Autorización como requisito de servidumbres mineras

AÑO	EXIGE SÓLO REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN MINERA	EXIGE REQUISITOS QUE NO SON DE LA LEGISLACIÓN MINERA
2020	MUÑOZ	[voto]

© PDAE UC 2021

Gráfico 17.2. Conducta de ministros y abogados integrantes: Autorizaciones como requisitos de servidumbres mineras

AÑO	CASO	EXIGE SÓLO REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN MINERA	EXIGE REQUISITOS QUE NO SON DE LA LEGISLACIÓN MINERA
2020	MUÑOZ	[A. Muñoz][Repetto][Chevesich][De la Maza]	[Blanco]

© PDAE UC 2021

Gráfico 18.1. Comportamiento de la sala: Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental

AÑO	APLICA PLAZO DE DOS AÑOS	APLICA PLAZO DE TREINTA DÍAS
2020	[voto]	STIPICIC

© PDAE UC 2021

Gráfico 18.2. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental

AÑO	CASO	APLICA PLAZO DE DOS AÑOS	APLICA PLAZO DE TREINTA DÍAS
2020	STIPICIC	[S. Muñoz][Vivanco]	[Sandoval][Aránguiz][Prado]

© PDAE UC 2021

Conclusiones

I. Resultados distintos en 2020

El resultado de la revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en veinte temas en 2020 (en los 17 temas en que se registraron fallos, efectivamente), en cuanto a su uniformidad o vacilación es distinto al de los estudios anteriores, que cubrieron la década anterior (2008 a 2018) y 2019. La jurisprudencia resultante es cada vez más lineal en cuanto a las sentencias que emiten las salas de la CS. En cuanto a la conducta de sus ministros y abogados integrantes, también tiende más a la linealidad pero persisten zigzagueos individuales y otros de la propia Sala (originados estos últimos usualmente por un cambio de integración de dicha Sala o por el cambio de voto de algún ministro o abogado integrante). La Corte Suprema, entonces, en general sigue exhibiendo una nueva conducta contrastada: por una parte, dirigida a ofrecer precedentes, pues se aprecia un aumento de temas con jurisprudencia uniforme; pero, no obstante, paralelamente, se mantienen las vacilaciones en algunos otros temas.

II. Comportamiento de las salas: tres conductas se aprecian

Podemos esquematizar la conducta de las Salas de la CS así: i) hay temas en que la jurisprudencia de la década anterior era lineal, y sigue siéndolo (no se aprecia la conducta inversa: que antes fuese lineal y ahora sea zigzagueante); ii) hay temas en que la jurisprudencia en la década anterior era zigzagueante y ahora es lineal; esto es, la CS deja de zigzaguear; y, iii) hay temas en que la jurisprudencia era zigzagueante y sigue siéndolo. Se puede apreciar en los gráficos respectivos. El resumen es el siguiente:

a) Temas en que la jurisprudencia sigue siendo lineal. Hay temas en que la jurisprudencia fue uniforme en períodos anteriores y sigue siéndolo en 2020. Es el caso de los siguientes temas: 1 (cómputo de plazos); 6 (prescripción acción nulidad); 8 (prescripción acción de responsabilidad).

b) Temas en que la jurisprudencia ahora es uniforme. Hay temas en que la jurisprudencia fue zigzagueante en los períodos anteriores y deja de serlo en 2020. Es el caso de los siguientes temas: 2 (plazos fatales); 4 (plazo acción sancionatoria), el cual ya había dado señales de uniformidad durante 2019; 5 (agotamiento vía administrativa), que es uniforme desde el año 2012; 7 (cómputo plazos), en que se sostiene un criterio lineal desde 2018; 9 (indemnización por responsabilidad crímenes lesa humanidad), uniforme desde el año 2015; 10 (legitimación activa), con postura lineal desde 2018; 14 (desviación de poder); y 17 (autorización como requisito de servidumbre minera), el cual viene siendo uniforme desde 2017.

c) Temas en que la jurisprudencia continúa zigzagueando, o empieza a zigzaguear. Hay temas en que la jurisprudencia sigue zigzagueando, o bien se incurre por primera vez en zigzag. Así: i) comienza a zigzaguear en el tema 3 (audiencia previa en invalidación), en el cual la CS había sostenido un crite-

rio lineal hasta 2019, sin embargo en 2020 incurrió en un zigzag; y, ii) sigue zigzagueando en los siguientes temas: 12 (funcionarios a honorarios); 13 (contratas); 15 (protección como vía idónea); 16 (regularización derechos aguas) y 18 (invalidación ambiental).

d) *Temas en que no hubo casos durante el año 2020.* Tal situación se produjo en los temas 11 (acción mera certeza); 19 (afectación presunta); y 20 (acceso a playas públicas). En los temas 11 y 20, la jurisprudencia anterior había sido vacilante; en el tema 20 había sido uniforme.

En suma, puede decirse que, durante 2020, ha habido un retroceso en la uniformidad de la jurisprudencia pues han aumentado los temas en los que lamentablemente se mantiene el zigzag.

III. Comportamiento de ministros y abogados integrantes en 2020

Si bien en algunos temas se mantiene una linealidad de las salas, lo que se debe a una conducta más lineal de sus ministros y abogados integrantes, también se mantienen algunas conductas erráticas de algunos de ellos. Al respecto, podemos observar tres tipos de conductas de ministros y abogados integrantes (las que se pueden apreciar en los gráficos respectivos): i) casos de ministros y abogados integrantes que anteriormente eran muy zigzagueantes, si bien ahora siguen zigzagueando, lo hacen en menos ocasiones; ii) hay ministros y abogados integrantes que anteriormente eran levemente zigzagueantes, tienden a ofrecer conductas más lineales; y, iii) son minoritarios los ministros que ofrecen gran linealidad y uniformidad en sus votos. Este comportamiento puede comprobarse en los gráficos y antecedentes del Estudio.

IV. Resumen de los resultados que arroja el Estudio del año 2020

En el primer estudio, que cubrió desde 2008 a 2018, mostramos una alta vacilación de la CS. Luego, en el año 2019 hubo una leve mejoría, ello quizás fue una reacción transitoria ante la publicación de nuestro Estudio; pero el año 2020 hubo un retroceso. De las cifras, descontando los tres temas en que no hubo pronunciamientos en 2020, podemos comprobar que: i) solo en tres de los veinte temas la CS ha sido siempre lineal, desde 2008 a 2020; ii) existen ocho temas en que hubo una reacción positiva de la CS a partir de 2019 y 2020: antes era zigzagueante y ahora es lineal; y iii) pero se mantienen otros seis temas de la muestra, bien relevantes, en que aún existen conductas zigzagueantes tanto de ministros y abogados integrantes, como de las Salas.

Anexo de sentencias [Total de casos: 329 casos]

I. Conflictos durante el procedimiento administrativo

1. *Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo* [6 casos]

Televisión Nacional de Chile (2020): CS, 27 enero 2020 (Rol N° 20896-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz, Vivanco, Repetto, Biel (r) [queja].

Caltec SPA con Secretaría Regional Ministerial de Salud Región de Antofagasta (2020): CS, 9 marzo 2020 (Rol N° 25021-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r), Vivanco; Al: Etcheberry [casación].

Antofagasta Minerals con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama (2020): CS, 8 junio 2020 (Rol N° 29791-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Aránguiz, Vivanco; Al: Munita [casación].

Security Event SpA (2020): CS, 28 agosto 2020 (Rol N° 30168-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d) (r), Sandoval, Dahm, Vivanco; Al: Pierry [queja].

Ortega González, Oscar con Cristi Marfil, Oscar (2020): CS, 26 octubre 2020 (Rol N° 129375-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Ravanales; Al: Pierry [s/r] [apelación].

Enel Distribución Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 138642-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Abuaud [s/r] [apelación].

2. *Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano* [5 casos]

KDM S.A con Secretaría Regional Ministerial de Salud Región Metropolitana (2020): CS, 5 mayo 2020 (Rol N° 6704-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), A. Muñoz (r), Vivanco, Repetto, Biel [casación].

Industrial Textil Mejillones S.A con Flies Añon, Jorge (2020): CS, 23 junio 2020 (Rol N° 17374-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Prado, Llanos; Al: Pallavicini, Pierry (r) [casación].

Velásquez Sánchez, Nestor con Superintendencia de Valores y Seguros (2020): CS, 31 julio 2020 (Rol N° 29982-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla (r), Lagos [reclamación].

Carrillo Schneider, Alfonso con Dirección General de Aguas (2020): CS, 12 agosto 2020 (Rol N° 13796-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini, Pierry (r) [casación].

Reyes Tapia, Patricio con Zarhi Troy, Andrés (2020): CS, 9 octubre 2020 (Rol N° 97284-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Prado, Vivanco; Al: Munita (r), Pallavicini (p) [protección].

3. *Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento de invalidación* [7 casos]

Del Pino Villarreal, Bárbara con Servicio de Salud del Reloncavi (2020): CS, 9 marzo 2020 (Rol N° 23276-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz, Vivanco (r); Al: Etcheberry [protección].

Coexca S.A. con Navarro Pereira, Mario (2020): CS, 29 mayo 2020 (Rol N° 30013-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco (r), Llanos; Al: Lagos, Pallavicini [protección].

Sepúlveda Fuentes, Jorge con Ilustre Municipalidad de San Javier (2020): CS, 19 junio 2020 (Rol N° 30011-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco (r), Zepeda; Al: Pallavicini [protección].

Luna Oviedo, Katherine con Ilustre Municipalidad de San Javier (2020): CS, 23 junio 2020 (Rol N° 39182-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, J. Muñoz; Al: Lagos, Pierry (r) [protección].

JB Solutions SpA con Dirección General de Aeronáutica Civil (2020): CS, 21 septiembre 2020 (Rol N° 39586-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d) (r); Al: Quintanilla, Munita [protección].

Comunidad Indígena Mateo Nahuelpán con Subsecretaría Bienes Nacionales Región Metropolitana (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 19107-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Vivanco, Llanos, Mera; Al: Etcheberry [protección].

Servicio de Evaluación Ambiental con Ribba Álvarez, Germán (2020): CS, 28 diciembre 2020 (Rol N° 43799-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco, Al: Quintanilla, Pierry [casación].

4. *Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria* [9 casos]

Herrera Yáñez, Erick con Aguilar Belmar, Max (2020): CS, 20 enero 2020 (Rol N° 22346-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; Al: Quintanilla, Etcheberry [protección].

Universidad de Chile con Superintendencia de Salud (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 42797-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco; Al: Munita (r), Quintanilla [apelación reclamación].

Universidad de Chile con Superintendencia de Salud (2020): CS, 28 julio 2020 (Rol N° 213-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Gómez (r), Zepeda; Al: Pallavicini (d) [apelación ilegalidad].

Clínica Alemana de Valdivia con Superintendencia de Salud (2020): CS, 17 agosto 2020 (Rol N° 94925-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [apelación reclamación].

Clínica Alemana con Superintendencia de Salud (2020): CS, 22 septiembre 2020 (Rol N° 72002-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; Al: Quintanilla, Perry [apelación reclamación].

Ramírez Cardoen, Nicolás con Superintendencia de Valores y Seguros (2020): CS, 28 septiembre 2020 (Rol N° 21054-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco (r); Al: Quintanilla, Lagos (p) [casación].

Laboratorio Recalcine con Instituto de Salud Pública (2020): CS, 3 noviembre 2020 (Rol N° 34105-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm (r), Vivanco (d); Al: Quintanilla, Pierry [casación].

Consejo de Defensa del Estado con Donoso Caro, Jorge (2020): CS, 10 noviembre 2020 (Rol N° 19399-2019), 1ª Sala. M: Künsemüller, Maggi, Aránguiz; Al: Munita (r), Gómez [casación].

Peña Merino, Mauricio con Superintendencia de Valores y Seguros (2020): CS, 17 noviembre 2020 (Rol N° 31578-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, J. Muñoz (r), Mera; Al: Gajardo [apelación ilegalidad].

5. *Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales* [3 casos]

Oyarzún Carrasco, Claudio con Merino Rojas, Víctor (2020): CS, 6 marzo 2020 (Rol N° 19089-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, J. Muñoz; Al: Lagos, Abuaud (r) [protección].

Jorquera Niño de Zepeda, Juan Eduardo con Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas (2020): CS, 6 abril 2020 (Rol N° 33663-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Prado, Vivanco; Al: Gómez, Barra (r) [casación].

Dote Cofré, Myriam con Municipalidad de La Pintana (2020): CS, 12 mayo 2020 (Rol N° 66-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco (r), Llanos; Al: Lagos [protección].

II. Conflictos al presentar recursos jurisdiccionales

6. *Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa* [1 caso]

Moya Candia, Estrella con Fisco de Chile (2020): CS, 28 mayo 2020 (Rol N° 7410-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Repetto (r); Al: Quintanilla, Pierry (p) [casación].

7. *Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos* [6 casos]

- Televisión Nacional de Chile con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2020): CS, 7 enero 2020 (Rol N° 20896-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz, Vivanco, Repetto, Biel (r) [queja].
- Stand Off S.A. con Palacios Parra, José Manuel Augusto* (2020): CS, 5 marzo 2020 (Rol N° 19182-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Etcheberry (r) [casación].
- Caltec SpA con Secretario Regional Ministerial de Salud de Antofagasta* (2020): CS, 9 marzo 2020 (Rol N° 25021-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r), Vivanco; Al: Etcheberry [casación].
- Antofagasta Minerals S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama* (2020): CS, 8 junio 2020 (Rol N° 29791-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Aránguiz, Vivanco; Al: Munita [casación].
- Ortega González, Óscar Iván con Cristi Marfil, Óscar* (2020): CS, 26 octubre 2020 (Rol N° 129375-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Ravanales; Al: Pierry [s/r] [casación].
- Enel Distribución Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 138642-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Abuaud [s/r] [apelación reclamación].

8. *Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad* [9 casos]

- Silva Pedrero, Gloria con Municipalidad de Recoleta* (2020). CS, 20 enero 2020 (Rol N° 29648-2018). 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (r), Silva, Al: Quintanilla, Pallavicini [casación].
- Collihuin Rosendo, Millavil y otros con Fisco de Chile* (2020). CS, 6 marzo 2020 (Rol N° 33827-2019). 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (p), Aránguiz, Vivanco, Llanos (r) [casación].
- Alarcón Velásquez, Samuel con Fisco de Chile* (2020). CS, 26 marzo 2020 (Rol N° 2896-2019). 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (r), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini [casación].
- Vergara Fuente, Alonso con Fisco* (2020). CS, 2 abril 2020 (Rol N° 33839-2019). 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval, Vivanco, Llanos, Zepeda [casación].
- Meza Ruiz, Nora y otro con Servicio de Salud del Biobío* (2020). CS, 15 abril 2020 (Rol N° 23145-2019). 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco (r), Zepeda; Al: Lagos, Pallavicini [casación].
- Araya Carreño, Rodrigo y otros con Fisco de Chile* (2020). CS, 19 mayo 2020 (Rol N° 25169-2019). 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco (r), Llanos (d); Al: Barra [casación].
- Arnaboldi Cáceres, Jorge con Municipalidad de Valdivia* (2020). CS, 28 mayo 2020 (Rol N° 16079-2019). 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), Repetto, Llanos (d); Al: Quintanilla [casación].
- Pharmamedica Limitada con Servicio de Salud Concepción* (2020). CS, 6 octubre 2020 (Rol N° 69921-2020). 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco, Llanos; Al: Quintanilla (r) [casación].
- Gestión Ecológica de Residuos S.A. con Municipalidad de Huechuraba* (2020). CS, 15 octubre 2020 (Rol N° 27522-2019). 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Llanos (r); Al: Quintanilla (d), Pierry [casación].

9. *Prescripción acción indemnizatoria de crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado* [11 casos]

- Jarpa Ortiz, Leandro con Fisco de Chile* (2020): CS, 20 enero 2020 (Rol N° 23093-2019), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas (r), A. Muñoz, Valderrama, Dahm [casación].
- Mardones Mardones, José con Fisco de Chile* (2020): CS, 22 enero 2020 (Rol N° 23094-2019), 2ª Sala. M: Künsemüller, Brito, Valderrama; Al: Lagos (r) (d), Abuaud [casación].

- San Martín Bustos, José con Fisco de Chile* (2020): CS, 2 marzo 2020 (Rol N° 29167-2019), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, A. Muñoz, Valderrama (r), Dahm [casación].
- Programa Ley 19.123 y otros con Fisco de Chile* (2020): CS, 9 marzo 2020 (Rol N° 8398-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller (r) (p), Brito, Cisternas (d), Valderrama; Al: Abuauad (d) [casación].
- Leiva Pasten, Pablo con Fisco de Chile* (2020): CS, 10 marzo 2020 (Rol N° 26023-2019), 2ª Sala. M: Künsemüller, Cisternas, A. Muñoz, Valderrama (r), Dahm [casación].
- Cevallos Jones, Edgar y otros con Fisco de Chile* (2020): CS, 12 junio 2020 (Rol N° 8948-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller (r), Brito, Cisternas, Valderrama; Al: Lagos (d) [casación].
- Concha Gálvez, Juvencio con Fisco de Chile* (2020): CS, 16 junio 2020 (Rol N° 34111-2019), 2ª Sala. M: Künsemüller (r), Dahm, Biel; Al: Munita, Gajardo [casación].
- Programa Ley 19.123 con Pérez Sánchez, Nelson y otros* (2020): CS, 23 junio 2020 (Rol N° 15186-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Brito, Valderrama, J. Muñoz; Al: Etcheberry (r) [casación].
- Programa Ley 19.123 y otros con Fisco de Chile y otros* (2020): CS, 26 julio 2020 (Rol N° 13097-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Brito, Valderrama (r), Dahm, Llanos [casación].
- Programa Ley 19.123 y otros con Fisco de Chile* (2020): CS, 31 agosto 2020 (Rol N° 14847-2018), 2ª Sala. M: Künsemüller, Brito (r), Valderrama, Dahm, Llanos [casación].
- Guelet Vera, César con Fisco de Chile* (2020): CS, 9 noviembre 2020 (Rol N° 44407-2020), 2ª Sala. M: Künsemüller, Brito, Valderrama, Dahm; Al: Gajardo (r) [casación].

10. Legitimación activa para ejercer la acción de protección [61 casos]

- Rey González, Marcela con Superintendencia de Servicios Sanitarios* (2020): CS, 25 febrero 2020 (Rol N° 40757-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Llanos (p), Mera; Al: Barra [s/r] [protección].
- Partido Radical de Chile con Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Oriente* (2020): CS, 24 abril 2020 (Rol N° 39660-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Muñoz Díaz, Héctor con Secretaría Regional Ministerial de Salud V Región* (2020): CS, 28 abril 2020 (Rol N° 39655-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [s/r] [protección].
- Vidal Barría, Marisol con Mañalich Muxi, Jaime* (2020): CS, 28 abril 2020 (Rol N° 39652-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [s/r] [protección].
- Valenzuela Contreras, Luis con Ramírez Sánchez, Anely* (2020): CS, 29 abril 2020 (Rol N° 30339-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [protección].
- Pérez Debelli, José con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 7 mayo 2020 (Rol N° 43834-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Scaff Vega, Carmen con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 11 mayo 2020 (Rol N° 44071-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry, Pierry [s/r] [protección].
- Scaff Vega, Carmen con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 11 mayo 2020 (Rol N° 44428-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry, Pierry [s/r] [protección].
- Lobos Castro, Lorena con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 11 mayo 2020 (Rol N° 44067-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry, Pierry [s/r] [protección].
- Municipalidad de Caldera con Cross-Media SpA* (2020): CS, 13 mayo 2020 (Rol N° 25128-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r), Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Asociación Funcionarios Comisión Mercado Financiero con Comisión para el Mercado Financiero* (2020): CS, 14 mayo 2020 (Rol N° 44034-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [s/r] [protección].
- Federación Nacional Coordinadora de Bases de la Salud Pública con Subsecretaría de Redes Asistenciales* (2020): CS, 14 mayo 2020 (Rol N° 44120-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [s/r] [protección].

- Almonacid Soto, Yessica con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 14 mayo 2020 (Rol N° 44426-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [s/r] [protección].
- Gonzalez Galleguillos, Freddy con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 14 mayo 2020 (Rol N° 50386-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [s/r] [protección].
- Scaff Vega, Carmen con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 14 mayo 2020 (Rol N° 50389-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [s/r] [protección].
- Barudy Labrín, Claudio con Recondo Lavanderos, Carlos* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 44137-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Confederación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud con Subsecretaría de Redes Asistencias* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 43560-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Municipalidad de Padre Las Casas con Piñera Echeñique, Sebastián* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 50377-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Universidad de Valparaíso con Mañalich Muxi, Jaime* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 33412-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Cristi Olmos, Maritza con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 50572-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Confederación Democrática de Profesionales Universitarios de la Salud con Mañalich Muxi, Jaime* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 42832-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Pezo Correa, Carlo con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 50613-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Caballero Vergara, Fabián con Jordán Lapostol, Camila* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 50736-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Ilustre Municipalidad de Cerro Navia con Mañalich Muxi, Jaime* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 42840-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- Muñoz García, Patricia con Agencia Nacional de Inteligencia* (2020): CS, 25 mayo 2020 (Rol N° 50571-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Rebolledo Pizarro, Reginaldo con Ricotti Velásquez, Carlos* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50714-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Ilustre Municipalidad de Lumaco con Piñera Echeñique, Sebastián* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50699-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Sindicato Nacional del Instituto Profesional AIEP con Instituto Profesional AIEP S.A* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50713-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Cristi Olmos, Maritza con Gaete Somarriva, Adriana* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50717-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Ortega Berríos, Mauricio con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50703-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Asociación de Funcionarios de la Dirección del Servicio de Salud Central con Mañalich Muxi, Jaime* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50732-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].

- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios Asociación de Consumidores con Isapre Banmédica S.A.* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 50737-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Federación Metropolitana de Funcionarios de la Salud con Blumel Mac-Iver Gonzalo* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 58488-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Lagos [s/r] [protección].
- Cerda Adaro, Patricio con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 58490-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Lagos [s/r] [protección].
- Confederación Democrática de Profesionales Universitarios de la Salud con Ministerio del Interior* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 58491-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Lagos [s/r] [protección].
- Asociación Nacional de Funcionarios del Ministerio de Educación con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 58504-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Lagos [s/r] [protección].
- Hirsch Goldschmidt, Tomás con Briones Rojas, Ignacio* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 58505-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Lagos [s/r] [protección].
- Sindicato Nacional N° 1 de Trabajadores de la Fundación Integra con Ministerio de Educación* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 58524-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Abuaud [s/r] [protección].
- Muñoz Díaz, Héctor con Secretaría Regional Ministerial de Salud I Región* (2020): CS, 28 mayo 2020 (Rol N° 50527-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pallavicini [s/r] [protección].
- Instituto Nacional de Derechos Humanos y otros con Gendarmería de Chile* (2020): CS, 28 mayo 2020 (Rol N° 58541-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pallavicini [s/r] [protección].
- Barria Ailef, Patricio con Olivares Pemjean, Arturo* (2020): CS, 3 junio 2020 (Rol N° 59847-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pierry [s/r] [protección].
- García de la Pastora Zavala, Reynerio con Dirección General Movilización Nacional* (2020), 3 junio 2020 (Rol N° 59858-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pierry [s/r] [protección].
- Acevedo Menanteau, Paulina con Ricotti Velásquez, Carlos* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 62992-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [s/r] [protección].
- Junta de Vecinos N° de Alto del Carmen con Heyermann Ríos, Enrique* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 62993-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [s/r] [protección].
- Peña Muñoz, Paula con Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) Regional* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 63146-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [s/r] [protección].
- Asociación de Profesionales y Técnicos Universitarios de Fonasa con Fondo Nacional de Salud* (2020): CS, 17 junio 2020 (Rol N° 69668-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Dahm, Vivanco; Al: Pierry [s/r] [protección].
- Municipalidad de Los Álamos con Recicladora Muñoz y Cía. Limitada y otros* (2020): CS, 19 junio 2020 (Rol N° 44066-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Lagos [protección].
- Sindicato de Empresa Unidos Super Diez S.A. con Super 10 S.A.* (2020): CS, 24 julio 2020 (Rol N° 76610-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Asociación de Administrativos, Auxiliares, Técnicos y Profesionales de la Junta Nacional de Jardines Infantiles con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 3 agosto 2020 (Rol N° 69748-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco (p); Al: Pierry, Pallavicini (p) [protección].

- Acevedo Menanteau, Paulina con 5ta. Comisaría Carabineros Puerto Montt* (2020): CS, 14 agosto 2020 (Rol N° 92162-2020), 3a Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Zepeda; Al: Pierry [s/r] [protección].
- Castillo Castillo, Juan con Gallart Gabas, Antonio* (2020): CS, 20 agosto 2020 (Rol N° 94802-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini [s/r] [protección].
- Fries Monleon, Julia con Carabineros* (2020): CS, 25 agosto 2020 (Rol N° 50743-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pierry [protección].
- Confederación Nacional de Funcionarias y Funcionarios de Salud Municipal con Subsecretaría de Redes Asistenciales* (2020): CS, 27 agosto 2020 (Rol N° 88362-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Repetto; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Moya Navarrete, Rodrigo con Reyes Villagra, Leonardo* (2020): CS, 27 agosto 2020 (Rol N° 83668-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Repetto; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Asociación Gremial de Comerciantes de Productos del Mar A.G. con Sociedad Administradora del Terminal Pesquero S.A* (2020): CS, 27 agosto 2020 (Rol N° 79061-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Repetto; Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Delgado Carrillo, Oriana con Escárte Peters, Raúl* (2020): CS, 11 septiembre 2020 (Rol N° 27621-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, J. Muñoz; Al: Lagos (r), Pierry [protección].
- Asociación de Enfermeras y Enfermeros Hospital Dr. Juan Noe Crevani de Arica con Servicio de Salud Arica* (2020): CS, 14 septiembre 2020 (Rol N° 72003-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco (r) (p), Llanos (p), Zepeda (p) [protección].
- Troncoso Gavilán, Magaly con Gendarmería de Chile* (2020): CS, 23 septiembre 2020 (Rol N° 112379-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Dahm, Vivanco; Al: Quintanilla, Pierry [s/r] [protección].
- Carreño Arias, Jenny con Guzmán Cepeda, José* (2020): CS, 22 octubre 2020 (Rol N° 127300-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Ravanales; Al: Pierry [s/r] [protección].
- Federación de Asociaciones de Profesionales Técnicos de las Universidades del Estado de Chile con Ministerio de Educación* (2020): CS, 22 octubre 2020 (Rol N° 127204-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Ravanales; Al: Pierry [s/r] [protección].
- Neira Grandón, Camila con Mericq Guila, Patricio* (2020): CS, 29 diciembre 2020 (Rol N° 5542-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval, Vivanco, Llanos; Al: Pierry [protección].

11. *Procedencia y alcance de la acción de mera certeza* [no se registraron casos en 2020]

III. Conflictos relativos a la estabilidad de los trabajadores en la administración

12. *Funcionarios a honorarios y supletoriedad Código del Trabajo* [28 casos]

Maldonado Roco, Paola Beatriz con Municipalidad de La Pintana (2020): CS, 3 enero 2020 (Rol N° 15615-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva, Repetto [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].

Tabilo Rodríguez, Mauro Leandro con Fisco de Chile (2020): CS, 31 enero 2020 (Rol N° 16707-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), Repetto; Al: Munita, Pallavicini [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].

Valdebenito Díaz, María Cristina con Fisco de Chile (2020): CS, 31 enero 2020 (Rol N° 18660-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), Repetto; Al: Munita, Pallavicini [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].

Carrasco Flores, Solange Victoria con Instituto Nacional de Deportes (2020): CS, 6 febrero 2020 (Rol 15678-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, Repetto; Al: De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].

- Tapia Jarpa, Nilsa Viviana con Municipalidad de Padre Hurtado* (2020): CS, 7 febrero 2020 (Rol N° 10621-2019), 4ª Sala. M: Blanco, M. Silva, Repetto; Al: Quintanilla, Lagos [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Aravena Aguilera, Génesis con Municipalidad de El Bosque* (2020): CS, 7 febrero 2020 (Rol N° 18161-2019), 4ª Sala. M: Blanco, M. Silva, Repetto; Al: Lagos, Pallavicini [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Ayancán Galindo, Daniela Alejandra con Fisco de Chile* (2020): CS, 7 febrero 2020 (Rol N° 19285-2019), 4ª Sala. M: Blanco, M. Silva, Repetto; Al: Lagos, Pallavicini [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Palomera Gómez, Matías Esteban con Municipalidad de Maipú* (2020): CS, 27 febrero 2020 (Rol N° 18538-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Álvarez Barría, Viviana con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 2 marzo 2020 (Rol N° 15696-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, Repetto; Al: Etcheberry, Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Pérez Vidal, Raúl Leonardo con Subsecretaría de Transporte* (2020): CS, 2 de marzo 2020 (Rol N° 18539-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Guistini González, Giovanna Antonella con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena* (2020): CS, 11 marzo 2020 (Rol N° 6247-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), M. Silva (p); Al: Munita, Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Naguil Silva, Víctor Miguel con Municipalidad de San Juan de la Costa* (2020): CS, 30 marzo 2020 (Rol N° 14139-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (p), M. Silva; Al: Barra, De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Carrasco Novoa, Víctor Manuel con Municipalidad de Recoleta* (2020): CS, 6 junio 2020 (Rol N° 22272-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz (d), M. Silva, Zepeda; Al: Etcheberry (d) [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Poblete Paredes, Jaime Darío con Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2020): CS, 12 junio 2020 (Rol N° 23063-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva, Zepeda; Al: De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Jerez Cancino, Karina Fabiola con Municipalidad de Maipú* (2020): CS, 12 junio 2020 (Rol N° 11896-2019), 4ª Sala. M: S. Muñoz (d), Aránguiz, A. Muñoz, Vivanco; Al: Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Valdés Contreras, Pablo con Municipalidad de Casablanca* (2020): CS, 1 julio 2020 (Rol N° 22878-2019), 4ª Sala. M: Brito, Blanco, M. Silva, Llanos, J. Muñoz [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Pinto Carreño, Pamela Alejandra con Fisco de Chile* (2020): CS, 17 julio 2020 (Rol N° 27650-2019), 4ª Sala. M: Blanco, M. Silva (d), J. Muñoz (d); Al: Etcheberry, Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Cerda Videla, María Inés con Fisco de Chile* (2020): CS, 17 julio 2020 (Rol N° 25988-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Aldana Latorre, Juan con Servicio de Vivienda y Urbanismo V Región* (2020): CS, 27 julio 2020 (Rol N° 22872-2019), 4ª Sala. M: Brito, Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p); Al: Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Vargas Vargas, Felipe Arturo con Servicio Nacional del Adulto Mayor* (2020): CS, 30 julio 2020 (Rol N° 29033-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva, Repetto; Al: De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Corrial Zúñiga, Carla Andrea con Municipalidad de Maipú* (2020): CS, 3 agosto 2020 (Rol N° 27854-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Carrillo Alvarado, Marianela con Fisco de Chile* (2020): CS, 25 agosto 2020 (Rol N° 29686-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].

- Utreras Barrales, Sergio con Municipalidad de Arica* (2020): CS, 11 septiembre 2020 (Rol N° 29599-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva; Al: Etcheberry, De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Espinoza Rojas, Jaime Eduardo con Municipalidad de Punta Arenas* (2020): CS, 14 septiembre 2020 (Rol N° 10523-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto (p); Al: Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Contardo Huidobro, María Cecilia con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 28 septiembre 2020 (Rol N° 29360-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Orellana Hermosilla, Jorge con Ministerio de Bienes Nacionales* (2020): CS, 12 noviembre 2020 (Rol N° 29164-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), M. Silva (p), Repetto; Al: De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Fuentes Valle, Sandra Socratina con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 12 noviembre 2020 (Rol N° 29351-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (d), M. Silva (p), Repetto; Al: De la Maza [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].
- Lepe Muñoz, Vitalina del Carmen con Municipalidad de Maipú* (2020): CS, 16 diciembre 2020 (Rol N° 22236-2019), 4ª Sala. M: Blanco, Chevesich (p), A. Muñoz, Repetto, M. Silva (p) [s/r] [unificación de jurisprudencia laboral].

13. Término anticipado de empleos a contrata [48 casos]

- Gutiérrez Melo, Pablo con Brucher Valenzuela, Hernán Guillermo* (2020): CS, 8 enero 2020 (Rol N° 19181-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz (d), Prado; Al: Lagos (r), Barra (d) [protección].
- Garrido Abarzúa, Ingrid Helen con Intendencia Regional de la Araucanía* (2020): CS, 13 enero 2020 (Rol N° 19528-2019), 3ª Sala. M: Sandoval, Aránguiz (d), Prado (r); Al: Lagos, Barra (d) [protección].
- Villalobos Fleming, Andrea con Servicio Nacional de Menores* (2020): CS, 14 enero 2020 (Rol N° 20119-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r); Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].
- Aravena Monardes, Wilfredo Germán con Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2020): CS, 23 enero 2020 (Rol N° 26142-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Prado; Al: Quintanilla, Pallavicini (d) (r) [protección].
- Miranda Álvarez, Nina con Subsecretaría de Servicios Sociales* (2020): CS, 28 enero 2020 (Rol N° 26194-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Prado; Al: Quintanilla, Pallavicini (d) (r) [protección].
- Mundaca Barraza, Andrés con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 25684-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Lagos (r), Gómez [protección].
- Díaz Guajardo, Pablo Mauricio con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 27760-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Vivanco, J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pallavicini (d) [protección].
- Bravo Quezada, Carmen con Universidad de Santiago* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 27756-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pallavicini (d) [protección].
- Bautista Menares, David Gustavo con Martorell Awad, Katherine* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 26956-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Biel (p); Al: Munita (r), Barra [protección].
- Insunza Carvajal, Susana con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Antofagasta* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 27583-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Biel (p); Al: Munita (r), Barra [protección].
- Aedo Cerda, María Magdalena con López Castillo, Mario Francisco* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 22956-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco (p); Al: Lagos (r), Gómez [protección].

- Lobos Suazo, Rolando Patricio con Servicio de Registro Civil e Identificación Santiago* (2020): CS, 10 febrero 2020 (Rol N° 29270-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini (d) (r) [protección].
- Ormeño Vilches, Carlos con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de la Araucanía* (2020): CS, 10 febrero 2020 (Rol N° 27017-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Aránguiz (d), Vivanco; Al: Pierry, Pallavicini (r) [protección].
- Aránguiz Cabrera, Luis Hernán con Agencia de Calidad de la Educación* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28831-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].
- Lüttecke Bórquez, Lorena Beatriz con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28820-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].
- Ramírez Krause, Claudia Violeta con Ministerio del Deporte* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28828-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].
- Mateluna Estay, Rodrigo Andrés con Servicio Nacional del Consumidor* (2020): CS, 4 marzo 2020 (Rol N° 29208-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini (d) (r) [protección].
- Mercado Acevedo, Rodrigo Angelo de Jesús con Domínguez Covarrubias, José* (2020): CS, 4 marzo 2020 (Rol N° 29297-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini (d) (r) [protección].
- Salgado Miranda, Julio Antonio con Ministerio de Salud* (2020): CS, 4 marzo 2020 (Rol N° 26085-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Prado; Al: Quintanilla, Pallavicini (d) (r) [protección].
- Navarrete Pradenas, Sergio Esteban con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2020): CS, 23 marzo 2020 (Rol N° 24900-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Llanos; Al: Pallavicini (d) [s/r] [protección].
- Franjola Espinoza, Scarlett Ivonne con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 30 marzo 2020 (Rol N° 29829-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Aránguiz, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Soto Cuevas, Roxana con Hospital Regional de Rancagua* (2020): CS, 31 marzo 2020 (Rol N° 30609-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco, Llanos (d); Al: Pallavicini [s/r] [protección].
- Valdenegro Mebark, Salomón con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 38866-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Llanos, Zepeda; Al: Quintanilla, Barra [protección].
- Williams Ibáñez, Mary con Subsecretaría del Interior* (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 36206-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (d), Repetto, Llanos; Al: Quintanilla (d) (r) [protección].
- Cáceres Rivera, Diego Alejandro con Contraloría General de la República* (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 38853-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Llanos, Zepeda; Al: Barra, Quintanilla (p) (r) [protección].
- Miranda Delgado, Alejandra con Instituto Nacional del Deporte* (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 33317-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, Llanos, Zepeda (r); Al: Quintanilla (d), Pallavicini (d) [protección].
- Ruiz Ovando, María Soledad con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 38634-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Llanos, Zepeda; Al: Quintanilla, Barra [protección].
- Toledo Gutiérrez, María Teresa con Instituto de Salud Pública* (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 2914-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Vivanco, Llanos; Al: Pierry (d) [protección].
- Concha Castillo, Francisco Javier con Subsecretaría de Bienes Nacionales de la Región de la Araucanía* (2020): CS, 8 abril 2020 (Rol N° 30271-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco, Llanos (p); Al: Pallavicini (d) (r) [protección].

- Mena Díaz, Leopoldo Nicolás con Ministerio de Desarrollo Social* (2020): CS, 15 abril 2020 (Rol N° 36244-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Repetto, Llanos; Al: Quintanilla (r) [protección].
- Zumelzu Standen, Ivy Gay Elizabeth con Carabineros de Chile* (2020): CS, 17 abril 2020 (Rol N° 24463-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco (r), Llanos; Al: Etcheberry [protección].
- Suazo González, Héctor con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 24 abril 2020 (Rol N° 21161-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Llanos; Al: Lagos (r), Pallavicini (d) [protección].
- Medel Farías, Andrés Leonardo con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 30 abril 2020 (Rol N° 29837-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Aránguiz (r), Vivanco, Llanos [protección].
- Galleguillos Véliz, Marco Antonio con Domínguez Covarrubias, José Luis Francisco* (2020): CS, 6 mayo 2020 (Rol N° 14915-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Llanos; Al: Pierry (d), Pallavicini (d) (r) [protección].
- Bustos Salgado, Francisco con Fisco de Chile* (2020): CS, 6 mayo 2020 (Rol N° 38890-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Llanos, Gómez, Zepeda; Al: Pierry (d) (r) [protección].
- Mallea Araus, Pilar con Superintendencia de Educación* (2020): CS, 18 mayo 2020 (Rol N° 52-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval (d), Zepeda; Al: Etcheberry (p), Pallavicini (d) [protección].
- García Avendaño, Paola con Oficina Nacional de Emergencias* (2020): CS, 25 mayo 2020 (Rol N° 50738-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini (d) [s/r] [protección].
- Araya Ibacache, Patricio con Subsecretaría de Prevención del Delito* (2020): CS, 30 junio 2020 (Rol N° 33379-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Gómez, Zepeda (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- Santos Ramos, Patricia con Fisco de Chile* (2020): CS, 21 agosto 2020 (Rol N° 92148-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d), Pierry [s/r] [protección].
- Smirnov Berríos, Raúl con II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago* (2020): CS, 16 septiembre 2020 (Rol N° 24856-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Etcheberry (r) [protección].
- Quezada Hernández, Nivaldo Julián con Servicio Nacional de Menores* (2020): CS, 24 septiembre 2020 (Rol N° 27619-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco, Llanos (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- Vargas Saldivia, José con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 1 octubre 2020 (Rol N° 69938-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) (r), Sandoval (d), Vivanco; Al: Pierry (p), Pallavicini (d) [protección].
- Caruncho Franco, Pamela con Universidad Tecnológica Metropolitana* (2020): CS, 5 octubre 2020 (Rol N° 94887-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco, Repetto (d); Al: Quintanilla (d) (r), Pallavicini [protección].
- Inostroza Naranjo, Karin con Municipalidad de Quinta Normal* (2020): CS, 24 noviembre 2020 (Rol N° 138312-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco, Ravanales; Al: Quintanilla [s/r] [protección].
- Peralta Gutiérrez, Daniela Amaia con Carabineros de Chile* (2020): CS, 26 noviembre 2020 (Rol N° 122293-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d) (r), Vivanco, Biel; Al: Quintanilla [protección].
- Klinowski Gómez, David José con Universidad de Santiago de Chile* (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 119275-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pierry, Abuaud [s/r] [protección].
- Chirkova, Serafima con Universidad de Santiago de Chile* (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 119262-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pierry, Abuaud [s/r] [protección].
- Castañeda González, Francisco Enrique con Universidad de Santiago de Chile* (2020): CS, 21 diciembre 2020 (Rol N° 112869-2020), 3ª Sala. M: Sandoval, Vivanco (p), Biel (r); Al: Quintanilla, Abuaud (p) [protección].

14. *Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata* [4 casos]

Gálvez Vilella, Gonzalo con Municipalidad de La Cruz (2020): CS, 25 junio 2020 (Rol 32079-2019), 3ª Sala. M: Llanos, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pallavicini (r) [protección].

Castillo Gajardo, Luis con Municipalidad de La Pintana (2020): CS, 9 septiembre 2020 (Rol 63005-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (r), Pierry [protección].

Gómez Esquivel, Juan con Municipalidad de la Pintana (2020): CS, 9 septiembre 2020 (Rol 63092-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (r), Pierry [protección].

Müller Contreras, Héctor con Municipalidad de Chaitén (2020): CS, 27 octubre 2020 (Rol 27678-2019), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Zepeda; Al: Barra, Quintanilla (r) [protección].

15. *Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata* [117 casos]

Concha Galaz, Patricia con Ministerio de Educación y Secretaría Regional Ministerial de Educación de la Región del Biobío (2020): CS, 6 enero 2020 (Rol N° 19981-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (d), Dahm (r), Sandoval; Al: Barra (d), Munita [protección].

Gutiérrez Melo, Pabla con Brucher Valenzuela, Hernán (2020): CS, 8 enero 2020 (Rol N° 19181-2019) 3ª Sala, M: Aránguiz (d), Prado, Sandoval; Al: Barra (d), Lagos (r) [protección].

Garrido, Ingrid con Intendencia Regional de la Araucanía (2020): CS, 13 enero 2020 (Rol N° 19528-2019) 3ª Sala. M: Aránguiz (d), Prado (r), Sandoval; Al: Barra (d), Lagos [protección].

Villalobos Fleming, Andrea con Servicio Nacional de Menores (2020): CS, 14 enero 2020 (Rol N° 20119-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Aránguiz (r); Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].

Morales Caro, Teresa con Ministerio de Educación (2020): CS, 15 enero 2020 (Rol N° 19980-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (d), Dahm, Sandoval; Al: Barra (d), Munita (r) [protección].

Vera Monroy, Sebastián con Ministerio de Educación (2020): CS, 17 enero 2020 (Rol N° 24035-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval (d), Mena; Al: Barra, Etcheberry [protección]

Vivanco Vivanco, Cecilia con Escarate Peters, Raúl (2020): CS, 17 enero 2020 (Rol N° 24134-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval, Mera; Al: Barra, Etcheberry [protección].

Herrera Yáñez, Erick con Aguilar Belman, Max (2020): CS, 20 enero 2020 (Rol N° 22346-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; Al: Etcheberry, Quintanilla [protección].

Aravena Monardes, Wilfred con Subsecretaría de Prevención del Delito y Ministerio del Interior (2020): CS, 23 enero 2020 (Rol N° 26142-2019) 3ª Sala. M: S. Muñoz (p) Prado, Sandoval (d); Al: Pallavicini (d)(r) Quintanilla [protección].

Miranda Delgado, Alejandra con Subsecretaría de Servicios Sociales y Ministerio de Desarrollo Social (2020): CS, 28 enero 2020 (Rol N° 26194-2019) 3ª Sala. M: S. Muñoz, Prado, Sandoval; Al: Pallavicini (d) (r), Quintanilla [protección].

Aedo Cerda, María con López Castillo, Francisco y Quezada Fonseca, Mario (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 22956-2019) 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco (p); Al: Gómez, Lagos (r) [protección].

Bautista Menares, David con Martorell Awad, Katherine (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 26956-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Biel (p); Al: Barra, Munita (r) [protección].

Bravo Quezada, Carmen con Universidad de Santiago de Chile (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 27756-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini (d) Quintanilla [protección].

- Díaz Gajardo, Pablo con Junta Nacional de Jardines Infantiles de la Región del Maule* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 27760-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini (d), Quintanilla [protección].
- Inzunza Carvajal, Susana con Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Bienes Nacionales Región de Antofagasta* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 27583-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Biel (p); Al: Barra, Munita (r) [protección].
- Mora Fritz, Francisco con Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 22323-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Gómez, Lagos (r) [protección].
- Mundaca Barraza, Andrés con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 25684-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Lagos (r), Gómez [protección].
- Díaz Navarrete, Mario con Ministerio del Deporte* (2020): CS, 10 febrero 2020 (Rol N° 13713 -2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d) (r), Sandoval, Vivanco; Al: Munita, Quintanilla [protección].
- Lobos Suazo, Rolando con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 10 febrero 2020 (Rol N° 29270-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Pallavicini (r) (d) [protección].
- Ormeño con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de la Araucanía* (2020): CS, 10 febrero 2020 (Rol N° 27017-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz (d) S. Muñoz (d) Vivanco; Al: Pallavicini, Pierry [s/r] [protección].
- Lovera Ojeda, Claudio con Ministerio de Obras Públicas* (2020): CS, 18 febrero 2020 (Rol N° 22135-2019), 3ª Sala, M: Aránguiz (d), S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (r); Al: Pallavicini [protección].
- Aránguiz Cabrera, Luis con Agencia de Calidad de la Educación* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28831-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].
- Lüttecke Bórquez, Lorena con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28820-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Quintanilla, Pierry (d) [protección].
- Mascayano O'Ryen,, Rafael con Servicio de Salud Metropolitano Central* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28836-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Pierry, Quintanilla [protección].
- Ramírez Krauze, Claudia con Ministerio del Deporte* (2020): CS, 20 febrero 2020 (Rol N° 28828-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Pierry (d), Quintanilla [protección].
- Chales de Beaulieu Stetcher, Jorge con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2020): CS, 21 febrero 2020 (Rol N° 28857-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (r), J. Muñoz; Al: Pierry (d), Quintanilla (d) [protección].
- Comene Matamoros, Margaret con Ministerio del Trabajo y Previsión Social* (2020): CS, 26 febrero 2020 (Rol N° 26248-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Prado (p), Sandoval; Al: Pallavicini, Quintanilla (d) [s/r] [protección].
- Leal Condeza, Elizabeth con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 2 marzo 2020 (Rol N° 18823-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz, Sandoval, Vivanco (r); Al: Quintanilla [protección].
- Ulloa Cifuentes, Paulo con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 3 marzo 2020 (Rol N° 22316-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Quintanilla (d) [protección].
- Valenzuela Faúndez, Jaime, con Secretaría Regional Ministerial Ministerio de Desarrollo Social del Maule* (2020): CS, 3 marzo 2020 (Rol N° 12589-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; Al: Quintanilla [protección].
- Salgado Miranda, Julio con Ministerio de Salud* (2020). CS, 4 marzo 2020 (Rol N° 26085-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Prado, Sandoval; Al: Pallavicini (d) (r) Quintanilla [protección].

- Roa Gutiérrez, Marisa con Contraloría General de la República (2020): CS, 5 marzo 2020 (Rol N° 31831-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, Llanos (r), Zepeda; Al: Etcheberry, Quintanilla [protección].
- Carmona Berríos, Mauricio con Ministerio Secretaría General de Gobierno (2020): CS, 23 marzo 2020 (Rol N° 24901-2019) 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval (d) Vivanco; Al: Pallavicini (d) [s/r] [protección].
- Navarrete Pradenas, Sergio con Ministerio del Interior (2020): CS, 23 marzo 2020 (Rol N° 24900-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) [s/r] [protección].
- Franjola Espinoza, Scarlett con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2020): CS, 30 marzo 2020 (Rol N° 29829-2019), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Soto Fuentes, Jaime con Gobernación Provincial de Malleco (2020): CS, 30 marzo 2020 (Rol N° 31495-2019), 3ª Sala. M: Dahm, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos (r), Pierry [protección].
- Cortés Fernández, Paula con Instituto Nacional de Estadísticas (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 36562-2019), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Repetto, Vivanco; Al: Quintanilla (r) [protección].
- Díaz Yáñez, Esmeralda con Ministerio de Desarrollo Social (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 2719-2020), 3ª Sala. M: Llanos (r)(d), S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pierry [protección].
- Henríquez Allendes, Nicolás con Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 11107-2020), 3ª Sala. M: Llanos (d), S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pierry [s/r] [protección].
- Lagos Devia, Marta y Sandoval Bustamante, Lynn, con Municipalidad de la Pintana (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 30723-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Munita [s/r] [protección].
- Lara González, Patricia con Ministerio del Interior (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 1618-2020), 3ª Sala, M: Llanos, S. Muñoz (p) (r) Sandoval (d) Vivanco; Al: Pierry (d) [protección].
- Mancilla Ureta, Manuel con Servicio de Registro Civil e Identificación (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 38-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (r) (p) Sandoval (d), Vivanco; Al: Pierry (d) [protección].
- Ruiz Ovando, María con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 38634-2019), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (r) (p), Zepeda; Al: Barra, Quintanilla [protección].
- Seguel Neira, Samuel con Servicio de Salud de Arica (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 11106-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (p) (r), Vivanco, Sandoval (d); Al: Pierry (d) [protección].
- Toledo Gutiérrez, María con Instituto de Previsión Social (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 2914-2020), 3ª Sala, M: Llanos, S. Muñoz (r)(p), Vivanco, Sandoval (d); Al: Pierry (d) [protección].
- Williams Ibáñez, Mary con Subsecretaría del Interior (2020): CS, 3 abril 2020 (Rol N° 36206-2019), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Repetto, Vivanco (d); Al: Quintanilla (r) (d) [protección].
- Mella Pérez, Ernesto con Servicio de Salud Región de Arica (2020): CS, 7 abril 2020 (Rol N° 23260-2020), 3ª Sala. M: Aránguiz, S. Muñoz (d), Sandoval, Silva, Vivanco [s/r] [protección].
- Ortega González, Max con Dirección General de Aguas (2020): CS, 7 abril 2020 (Rol N° 36556-2019), 3ª Sala, M: Llanos, S. Muñoz, Repetto, Vivanco; Al: Quintanilla (r) [protección].
- Rojas González, Romina con Instituto de Previsión Social (2020): CS, 7 abril 2020 (Rol N° 30248-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pierry, Quintanilla [s/r] [protección].
- Concha Castillo, Francisco con Ministerio de Bienes Nacionales (2020): CS, 8 abril 2020 (Rol N° 30271-2020), 3ª Sala, M: Llanos (p), S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Pallavicini (r) (d) [protección].

- Opazo Arriagada, Miguel con Servicio Médico Legal* (2020): CS, 8 abril 2020 (Rol N° 30263-2020) 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (r) (d) [protección].
- Arguello Garzón, Jorge con Hospital Clínico Herminda San Martín* (2020): CS, 13 abril 2020 (Rol N° 14714-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pallavicini (r) (d) [protección].
- Fuentes Aranda, Ingrid con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 13 abril 2020 (Rol N° 21107-2020), 3ª Sala. M: Llanos (d), S. Muñoz (d) (r), Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry [protección].
- Acuña Prat, Paulina con Ministerio de Justicia y Derechos Humanos* (2020): CS, 15 abril 2020 (Rol N° 36210-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Repetto, Vivanco; Al: Quintanilla (r) [protección].
- Mena Díaz, Leonardo con Ministerio de Desarrollo Social y Familia* (2020): CS, 15 abril 2020 (Rol N° 36244-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (p), Repetto, Vivanco; Al: Quintanilla (r) [protección].
- Loayza Lizana, Javier, con Universidad de Aysén* (2020): CS, 16 abril 2020 (Rol N° 39513-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini, Pierry [s/r] [protección].
- Zumelzu Standen, Ivy con Carabineros de Chile* (2020): CS, 17 abril 2020 (Rol N° 24463-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco (r); Al: Etcheberry [protección].
- Suazo González, Héctor con Servicio de Registro Civil e Identificación Región de Aysén* (2020): CS, 24 abril 2020 (Rol N° 21161-2020), 3ª Sala. M: Llanos (r), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pallavicini (d) [protección].
- Del Valle Palma, Carlos con Servicio de Salud Ñuble* (2020): CS, 29 abril 2020 (Rol N° 27593-2020), 3ª Sala. M: Llanos (d), S. Muñoz (d), Sandoval (r) Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Ríos Aramayo, Rodrigo con Universidad de La Serena* (2020): CS, 29 abril 2020 (Rol N° 18881-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- López Molina, María con Tesorería General de la República* (2020): CS, 30 abril 2020 (Rol N° 33628-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Gómez; Al: Pierry, Quintanilla (r) [protección].
- Medel Farías, Andrés con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 30 abril 2020 (Rol N° 29837-2020), 3ª Sala. M: Aránguiz (r)(p), Llanos, S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco [protección].
- Astudillo Ibaceta, Claudia con Tesorería General de la República* (2020): CS, 4 mayo 2020 (Rol N° 38867-2019), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (r)(p), Zepeda; Al: Barra, Quintanilla [protección].
- García Huerta, Berenice con Consejo de Defensa del Estado* (2020): CS, 4 mayo 2020 (Rol N° 14815-2020), 3ª Sala. M: Llanos (d), S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (r), J. Muñoz. [protección].
- Mena Rivas, Nathalie con Tesorería General de la República* (2020): CS, 4 mayo 2020 (Rol N° 38864-2019), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (r) (p), Zepeda; Al: Barra, Quintanilla [protección].
- Galleguillos Véliz, Marco con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2020): CS, 6 mayo 2020 (Rol N° 14915-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Vivanco; Al: Pallavicini (r) (d), Pierry (d) [protección].
- Stull Acosta, Ingrid con Contraloría General de la República* (2020): CS, 6 mayo 2020 (Rol N° 38888-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (r) (d), Vivanco, Zepeda; Al: Etcheberry [protección].
- Tiffou Valencia, Augusto con Servicio Nacional de Aduanas* (2020): CS, 6 mayo 2020 (Rol N° 33767-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Gómez, Zepeda (r); Al: Pallavicini [protección].
- Figuroa Vega, Carlos, con Municipalidad de Curicó* (2020): CS, 13 mayo 2020 (Rol N° 1624-2020), 3ª Sala. M: Llanos (r), S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Lagos [protección].

- García Fuentes, Yenine con Municipalidad de Conchalí* (2020): CS, 13 mayo 2020 (Rol N° 30-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (r), Zepeda (d); Al: Etcheberry [protección].
- Cea Novoa, Daniel con Municipalidad de Purén* (2020): CS, 15 mayo 2020 (Rol N° 43789-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pallavicini (d) [s/r] [protección].
- Lorca Zúñiga, Karina con Gobierno Regional de O'Higgins* (2020): CS, 15 mayo 2020 (Rol N° 14823-2020), 3ª Sala. M: Llanos (d), S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco, J. Muñoz [s/r] [protección].
- Mallea Arous, Pilar con Superintendencia de Educación* (2020): CS, 18 mayo 2020 (Rol N° 52-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval; (d), Zepeda; Al: Etcheberry (p), Pallavicini (d) [protección].
- Gallegos Parra, Carlos con Servicio de Salud de Chiloé* (2020): CS, 20 mayo 2020 (Rol N° 44430-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Munita [s/r] [protección].
- García Avendaño, Paola con Oficina Nacional de Emergencias* (2020): CS, 25 mayo 2020 (Rol N° 50738-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d), Quintanilla [s/r] [protección].
- Gutiérrez Herrera, Rodrigo con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 25 mayo 2020 (Rol N° 50731-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini, Quintanilla [s/r] [protección].
- Ibarra Reyes, Javier con Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario* (2020): CS, 25 mayo 2020 (Rol N° 58520-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini, Quintanilla [s/r] [protección].
- Sazo Pradenas, Marcelo con Instituto Nacional de Estadísticas* (2020): CS, 25 mayo 2020 (Rol N° 50722-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Quintanilla, Pallavicini [s/r] [protección].
- Ibacache Onetto, Karla con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 27 mayo 2020 (Rol N° 21101-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz (r), Sandoval (d), Vivanco; Al: Etcheberry [protección].
- Barahona García, Tomás con Gobierno Regional de O'Higgins* (2020): CS, 1 junio 2020 (Rol N° 62657-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Quintanilla [s/r] [protección].
- Blanco Balbontín, Stefano con Contraloría General de la República* (2020): CS, 1 junio 2020 (Rol N° 43963-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Quintanilla [s/r] [protección].
- Moreno Huaiquinao, Génesis con Fisco de Chile* (2020): CS, 5 junio 2020 (Rol N° 29869-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Vivanco, Zepeda; Al: Etcheberry [protección].
- Carmona Pérez, Susana con Secretaría Regional Ministerial de Salud Metropolitana* (2020): CS, 8 junio 2020 (Rol N° 63082-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pierry [s/r] [protección].
- Baeza Vásquez, Mariangeles con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 43663-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].
- González Pradenas, Jaime con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 43571-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].
- Lagos Astudillo, Rubén con Ministerio del Interior* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 44018-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].
- Medina Silva, María con Ministerio de Medio Ambiente* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 43835-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].

- Momberg Vial, Roberto con Servicio de Salud de Reloncaví* (2020): CS, 10 junio 2020 (Rol N° 43601-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].
- Cárdenas Andrade, Osvaldo con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2020): CS, 12 junio 2020 (Rol N° 36775-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Gómez, Zepeda (d) (r); Al: Pallavicini [protección].
- Llagostera Martines, Agustín con Universidad de Antofagasta* (2020): CS, 19 junio 2020 (Rol N° 42343-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco (d); Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].
- Garrido Rojo, Carolina con Carabineros de Chile* (2020): CS, 22 junio 2020 (Rol N° 71954-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Abuaud, Gómez [s/r] [protección].
- Quezada Quezada, Enrique con Municipalidad de Conchalí* (2020): CS, 26 junio 2020 (Rol N° 44115-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Etcheberry (r), Pierry [protección].
- Araya Ibacache, Patricio con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2020): CS, 30 junio 2020 (Rol N° 33379-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Gómez, Zepeda (r); Al: Pallavicini (d) [protección].
- González Negrete, Verónica con Municipalidad de Santiago* (2020): CS, 14 julio 2020 (Rol N° 20788-2020), 3ª Sala. M: Llanos, Sandoval (r), Vivanco; Al: Lagos, Pallavicini [protección].
- Nahuelpán Angulo, Victoria con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020): CS, 23 julio 2020 (Rol N° 33287-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco (r); Al: Lagos, Quintanilla [protección].
- Acevedo Troncoso, Karen con Corporación Administrativa del Poder Judicial* (2020). CS, 24 julio 2020 (Rol N° 79110-2020). 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Zepeda; Al: Quintanilla (d), Pallavicini (d) [s/r] [protección].
- Muñoz Arancibia, Elizabeth con Contraloría General de la República* (2020): CS, 3 agosto 2020 (Rol N° 71955-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Abuaud (r) (d), Gómez [protección].
- Pérez Silva, Ana con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago* (2020): CS, 18 agosto 2020 (Rol N° 76262-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Pierry [protección].
- Santos Ramos, Patricia con Hospital de Carabineros Humberto Arriagada Valdivieso* (2020): CS, 21 agosto 2020 (Rol N° 92148-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d), Pierry [s/r] [protección].
- Campaña González, Carmen con Instituto de Previsión Social* (2020): CS, 25 agosto 2020 (Rol N° 76739-2020), 3ª Sala. M: Sandoval (d), Vivanco, Zepeda (r); Al: Munita, Pierry (d) [protección].
- Castillo Gajardo, Luis con Municipalidad de La Pintana* (2020). CS, 9 septiembre 2020 (Rol N° 63005-2020). 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d)(r), Pierry [protección].
- Gómez Esquivel, Juan con Municipalidad de la Pintana* (2020): CS, 9 septiembre 2020 (Rol N° 63092-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (d) (r), Pierry [protección].
- Navea Castillo, Constanza con Servicio de Registro Civil e Identificación* (2020): CS, 9 septiembre 2020 (Rol N° 39585-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Munita (r), Quintanilla [protección].
- Leguá Molina, Fernando con Servicio Nacional de Menores* (2020): CS, 24 septiembre 2020 (Rol N° 27606-2020), 3ª Sala. M: Llanos (r), S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].
- Quezada Hernández, Nibaldo con Servicio Nacional de Menores* (2020): CS, 24 septiembre 2020 (Rol N° 27619-2020), 3ª Sala. M: Llanos (r), S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Pallavicini (d) [protección].

- Vargas Saldivia, José con Ministerio de Hacienda* (2020): CS, 1 octubre 2020 (Rol N° 69938-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (p), Sandoval (d), Vivanco; Al: Pallavicini (d), Pierry (p) [protección].
- Bunster Fuenzalida, Patricia y Pineda García, José con Instituto Nacional del Deporte* (2020): CS, 6 octubre 2020 (Rol N° 119308-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Lagos, Munita [s/r] [protección].
- Campos Sepúlveda, Karla con Instituto de Previsión Social* (2020): CS, 6 octubre 2020 (Rol N° 119257-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Lagos (d), Munita [s/r] [protección].
- Bravo Díaz, Milenka con Ministerio de Obras Públicas* (2020): CS, 27 octubre 2020 (Rol N° 131067-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Ravanales, Vivanco; Al: Quintanilla [s/r]. [protección].
- Inostroza Naranjo, Karina con Municipalidad de Quinta Normal* (2020): CS, 24 noviembre 2020 (Rol N° 138312-2020), 3ª Sala, M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco, Ravanales; Al: Quintanilla [s/r] [protección].
- Ruiz Vera, Carlos con Gendarmería de Chile* (2020): CS, 24 noviembre 2020 (Rol N° 104239-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Ravanales (d); Al: Quintanilla [s/r] [protección].
- Peralta Gutiérrez, Daniela con Carabineros de Chile* (2020): CS, 26 noviembre 2020 (Rol N° 122293-2020), 3ª Sala. M: Biel, S. Muñoz, Sandoval (r) (d), Vivanco; Al: Quintanilla [protección].
- Arévalo Reyes, Rodolfo con Fuerza Aérea de Chile* (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 139884-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco; Al: Abuaud, Pierry [s/r] [protección].
- Chirkova, Serafima con Universidad de Santiago* (2020): CS, 1 diciembre 2020 (Rol N° 119262-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Abuaud, Pierry [s/r] [protección].
- Martínez Donoso, Karla con Hospital Dr. Ernesto Torres Galdames* (2020): CS, 9 diciembre 2020 (Rol N° 122199-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (r), Sandoval (d); Al: Pallavicini (d), Quintanilla [protección].
- Muñoz Lühr, Carolina con Dirección del Trabajo* (2020): CS, 21 diciembre 2020 (Rol N° 88373-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval, Vivanco (r) (p); Al: Pallavicini (d), Pierry (d) [protección].

IV. Conflictos en recursos naturales, medio ambiente y bienes públicos

16. Regularización de derechos de aguas [12 casos]

- Flores Viza, Primitivo y otros con Agrícola Lluta S.A.* (2020): CS, 29 enero 2020 (Rol N° 11998-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Quintanilla (d), Pierry (r) (d) [casación]
- Flores Viza, Primitivo y otros con Agrícola Lluta S.A.* (2020): CS, 29 enero 2020 (Rol N° 13907-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, J. Muñoz; Al: Quintanilla (d), Pierry (r) (d) [casación]
- Flores Flores, Cipiana con Junta de Vigilancia del Río Lluta y sus Tributarios* (2020): CS, 12 febrero 2020 (Rol N° 12990-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Dahm, Prado (d) (r), Vivanco, J. Muñoz [casación]
- Huanca Olave, Martín y otros con Dirección General de Aguas* (2020): CS, 12 febrero 2020 (Rol N° 14162-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Dahm, Prado (d) (r), Vivanco, J. Muñoz [casación].
- Huanca Olave, Martín y otros con Dirección General de Aguas* (2020): CS, 12 febrero 2020 (Rol N° 12988-2019), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Dahm, Prado (d) (r), Vivanco, J. Muñoz [casación].
- Agrícola y Forestal Las Casas del Carmen S.A. con Empresa Nacional de Electricidad S.A., Sociedad Agrícola Viña Luis Felipe Edwards* (2020): CS, 14 febrero 2020 (Rol N° 31164-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Biel; Al: Munita (r), Barra (d) [casación].

Parrao López, Gladys del Carmen con Junta de Vigilancia Estero Chimbarongo (2020): CS, 1 abril 2020 (Rol N° 22976-2019), 3a Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (r), Biel; Al: Pierry, Pallavicini [casación].

Meta Varlese, Luigi Rocco con Dirección General de Aguas Región de Valparaíso (2020): CS, 7 abril 2020 (Rol N° 13850-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval (r), Vivanco (d), Aránguiz, Llanos [casación].

Mulet, David Arturo con Dirección General de Aguas (2020): CS, 30 julio 2020 (Rol N° 20931-2020), 3a Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval (d), Vivanco; Al: Lagos (d), Pallavicini [casación].

Comercial Greenwich S.A. con Dirección General de Aguas (2020): CS, 28 agosto 2020 (Rol N° 1584-2020), 3a Sala. M: S. Muñoz (r), Vivanco, Llanos, Mera. Al: Etcheberry [casación].

González Rodríguez, Santiago y otros con Dirección General de Aguas y otros (2020): CS, 18 noviembre 2020 (Rol N° 27495-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco; Al: Quintanilla (d), Abuaud (r) [casación].

17. *Autorizaciones administrativas como requisitos de servidumbres mineras* [1 caso]

Muñoz Rodríguez, Juan Carlos con Fisco de Chile (2020): CS, 3 febrero 2020 (Rol N° 5331-2018), 4ª Sala. M: Blanco (d), Repetto (r), A. Muñoz, Chevesich; Al: De la Maza [casación].

18. *Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental* [1 caso]

Stipicic Escauriaza, Ana Pilar con Director Ejecutivo Servicio Evaluación Ambiental (2020): CS, 12 marzo 2020 (Rol N° 8737-2018), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco (d), Sandoval, Aránguiz, Prado (r) [casación].

19. *Afectación presunta de bienes privados al uso público* [no se registraron casos en 2020]

20. *Acceso a playas públicas* [no se registraron casos en 2020]

Jaime Arancibia Mattar

Discrecionalidad administrativa y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control (Santiago, Editorial: Tirant lo Blanch, 2021, p. 448), de Rosa Fernanda Gómez.

Este libro de la profesora Rosa Fernanda Gómez, fruto de su tesis doctoral en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso bajo la supervisión del profesor Eduardo Cordero, es el estudio más completo que se ha escrito en nuestro país sobre la discrecionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Como se sabe, el creciente desarrollo de marcos regulatorios destinados a modelar el comportamiento humano para prevenir daños a derechos subjetivos y asegurar instancias de interacción eficiente de las personas ha significado una diversificación y sofisticación inédita de los instrumentos administrativos de reacción ante infracciones normativas. El carácter alternativo de estas potestades ciertamente ha dado paso a interrogantes relevantes sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, no solo en cuanto a su procedencia sino también a su intensidad. El libro que comentamos procura, precisamente, responder a estas interrogantes con un análisis dogmático de las diversas fuentes jurídicas que han abordado este tema. De ahí que resulta plenamente justificada su relevancia y utilidad para el derecho nacional.

Desde una perspectiva estructural, la obra se desarrolla conforme a una secuencia ordenada de temas que abordan el estado de la cuestión de la discrecionalidad en materia de poderes sancionadores, los fines de dicha potestad, los ámbitos o sectores regulatorios en que está presente, y sus límites y mecanismos de control. De esta forma, el lector es conducido de modo gradual hacia la especificidad del tema y el planteamiento de la tesis de fondo.

Particular mención merece la propuesta original de identificar, en ausencia de

normas, elementos garantistas sustantivos y procedimentales que permitan compatibilizar un actuar eficaz y eficiente de la Administración sancionadora con el debido respeto a principios cardinales de la justicia distributiva como la proporcionalidad, la contradictoriedad y la certeza. Destaca entre estos la debida interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados y la gradación del *quantum* de la sanción conforme a precedentes administrativos y judiciales.

En un sentido metodológico, el texto cumple con los estándares de rigor de la investigación jurídica, puesto que plantea su objeto problemático de modo claro y preciso, formula anticipadamente las hipótesis correspondientes que pretende probar, y luego procede a verificar la veracidad de tales hipótesis con una línea argumental acabada. En este punto, es digno de mención el dominio bastante exhaustivo de las distintas fuentes jurídicas que abordan la materia. En especial, la bibliografía y jurisprudencia citada por la autora da cuenta de un minucioso trabajo de recopilación y lectura de material nacional y europeo continental actualizado. Asimismo, el análisis histórico de las sanciones administrativas en nuestro país, con el que se da inicio a la obra, entrega un contexto adecuado para explicar los vacíos dogmáticos que la tesis pretende suplir.

Bajo un prisma formal, la distribución de los capítulos del libro es proporcionada en cuanto a su extensión y los títulos permiten identificar bien los contenidos dogmáticos tratados.

Sin perjuicio de lo anterior, pienso que esta obra es además relevante por lo siguiente. La sola existencia de discrecionalidad en materia sancionatoria permite alejarnos de la idea de que estamos

en presencia de una emanación del *ius puniendi* estatal. Como tuvimos ocasión de sostener ya en 2014: “[l]a actual concepción de la sanción como reacción exclusiva ante el ilícito obedece a una lógica propia del derecho penal que resulta ajena al fin y a los medios de la Administración Pública”¹; “la sola expresión ‘derecho administrativo sancionador’ no contribuye a una visión integral de las potestades administrativas, pues refuerza la idea de sanción como instrumento único y autónomo ante el ilícito, escindido del resto de las atribuciones atinentes. Obedece, en este sentido, a una lógica más penal que administrativa. Esta denominación desfavorece el carácter alternativo de la sanción administrativa como medio, la necesidad de ponderarla y articularla en el conjunto de los poderes administrativos viables...”².

En efecto, si hay algo que diferencia al derecho punitivo del derecho obligacional, terreno natural en el que florecen las infracciones y sanciones administrativas, es la multiplicidad de instrumentos para corregir riesgos o lesiones a intereses públicos. Donde el *ius puniendi* solo dispone de la pena, el *ius corrigendi* cuenta con un instrumental variado (advertencias, sanciones, medidas, etc.). De este modo, la sanción pasa a ser solo una de las posibles reacciones ante el incumplimiento de un deber legal, al punto que el maletín del regulador se asemeja más al de un gáster que al de un verdugo.

En otras palabras, trabajos como este permiten continuar develando la verdadera naturaleza de las infracciones y sanciones administrativas. Esta obra contribuye a reforzar la idea de que las infracciones y sanciones regulatorias no constituyen una acción típica y una pena “matizadas”, como dice la jurisprudencia

vigente, sino un incumplimiento obligatorio y un cobro de deuda de color totalmente distinto, con fines de corrección. Como diría Montesquieu, “hay delincuentes a quienes el magistrado castiga, y los hay a quienes corrige”³.

Mientras subsista la identificación de la regulación económica con el *ius puniendi*, continuarán produciéndose inconsistencias en su tratamiento. Al abordar la discrecionalidad de los instrumentos administrativos de corrección de infracciones administrativas, este libro apunta precisamente a evitar tales inconsistencias en dicho plano. En este sentido, presta un servicio no solo a la técnica de la discrecionalidad sancionatoria sino a la idea misma de sanción administrativa.

Por lo mismo, las líneas sobre la discrecionalidad administrativa escritas en el prólogo de la obra, nada menos que por el insigne maestro Alejandro Nieto, son también aplicables al concepto de sanción administrativa que trasunta la obra: “De un caos bibliográfico tan ininteligible como contradictorio, Gómez González ha sabido extraer unas líneas cognitivas y operativas sencillas y claras que permiten el manejo razonable de un instrumento jurídico capital en el moderno Estado de Derecho”.

Para concluir, recomiendo con especial seguridad la lectura de esta obra por abogados, jueces y alumnos de derecho administrativo, en razón de su alta contribución al debate jurídico sobre las sanciones administrativas en nuestro país.

Jaime Arancibia Mattar

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de los Andes

¹ “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”, en *Sanciones administrativas*, Thomson Reuters, Chile, 2014, 130.

² *Ibid.*, 134.

³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Alianza Editorial, 2012, 589.